AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS
UNIVERSITEIT PRETORIA
1995 -05- 8
VAKKODE 340

Universiteit van Pretoria
Aan die Akademiese Inligtingsdiens geskenk deur:
REGTER F.L.H. RUMPFF
Maart 1995

BAND 46 NOMMER 1 FEBRUARIE 1983

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

Blou x 39

# THR

# Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg

Redakteur
ADJ VAN RENSBURG B Com LLM LLD

Assistent-redakteurs
TJ Scott BA (Hons) LLD
J Neethling BA LLM LLD
Gretchen Carpenter BA (Hons) LLB

Butterworth

BAND 46 NOMMER 1 FEBRUARIE 1983

# HR HR

## ARTIKELS

Die Regsvergelykende Metode *deur DH van Zyl* ..... 1
Fideikommis oor Onroerende Goed: Aard van die *Fideicommissarius* se Reg *deur RC Laurens* 14
Die Sogenaamde Privaatregtelike "Reg om te Staak" *deur JY Claasen* ..... 32
Kompensasie van Nie-vermoënskade *deur PJ Visser* ..... 43
Die Beheersregspersoon by Deeleiendom – 'n Noodsaaklike Rariteit *deur GJ Pienaar* ..... 62

## AANTEKENINGE

Moord en Strafbare Manslag – Laat Barábbas aan die Pen ry *deur NJ van der Merwe* ..... 82
Weer eens *Dolus Eventualis* en *Luxuria deur DW Morkel* .. 87

## VONISSE

Brack v Citystate Townhouses (Pty) Ltd *Koop van grond* ..... 90
S v Marwane *Constitution of Bophuthatswana* ..... 93
S v Mogohlwane *Noodweer* ..... 97
S v Zoko *Strafbare manslag* .....100

## BOEKE

BLS Franklin en M Kaplan *The Mining and Mineral Laws of South Africa* .....105
ADJ van Rensburg en SH Treisman *The Practitioner's Guide to the Alienation of Land Act* .....108
F Bosman en MM Eckard (reds) *Welsynsreg* .....112
MW Prinsloo *Die Inheemse Administratiefreg van 'n Noord-Sothostam* .....114
HJ v E Hommes *Hoofdlijnen van de Geschiedenis der Rechtsfilosofie* .....118

## AANKONDIGINGS

Hugo de Groot-publikasiefonds ..... 42
Butterworth-prys ..... 61
Hugo de Groot-argief .....89

Digitized by the Internet Archive
in 2017 with funding from
University of Pretoria, Library Services

https://archive.org/details/tydskrifvirheden46vanr

BAND 46 NOMMER 2 MEI 1983

# THR


**REDAKSIONEEL**

Hugo de Groot ..... 121

**ARTIKELS**

Die Lewe en Betekenis van Hugo de Groot *deur TJ Scott* ..... 123

Die Invloede op Hugo de Groot *deur DP Visser* ..... 136

Die Regsfilosofie van Hugo de Groot *deur JD van der Vyver* ..... 151

Die Betekenis van De Groot vir die Internasionale Reg *deur GN Barrie* ..... 172

Hugo de Groot se Betekenis vir die Moderne Suid-Afrikaanse Reg *deur Paul van Warmelo* ..... 185

**AANTEKENINGE**

Die Onregmatigheidsvereiste by Deliktuele Aanspreeklikheid weens die Nalatige Veroorsaking van Suiwer Ekonomiese Verlies *deur J Neethling* ..... 205

Discretions, Ouster Clauses and the Internal Security Act *deur GM Nienaber* ..... 211

Strafregtelike Aanspreeklikheid van Kinders weens Nalatigheid *deur JMT Labuschagne* ..... 222

**VONNISSE**

Government of the Republic of South Africa v Government of KwaZulu *Die status van selfregerende nasionale state* ..... 229

S v Marwane *The Bill of Rights – Bophuthatswana* ..... 231

Naidoo v Moodley *Mandament van spolie* ..... 237

Natalse Landboukoöperasie Bpk v Fick *Pleading of jurisdiction* ..... 240

Wessels v Additional Magistrate, Johannesburg *Examination of witnesses at an inquest* ..... 242

**BOEKE**

CWH Schmidt *Bewysreg* ..... 246

**AANKONDIGINGS**

Hugo de Groot-argief ..... 150

Hugo de Groot-publikasiefonds ..... 228

BAND 46 NOMMER 3 AUGUSTUS 1983

## ARTIKELS

Grondverskuiwings in die Suid-Afrikaanse Staatsreg
*deur F Venter* ..... 249

Die Aanwending van Eiendomsreg van Roerende Sake ter Verskaffing van Saaklike Sekerheid
*deur DSP Cronjé* ..... 266

The KwaZulu Act on the Code of Zulu Law, 1981
*by JC Bekker and JJJ Coertze* ..... 285

Prescription of Contractual Debts
*by FR Kaganas* ..... 297

Bribery – Some Civil Consequences
*by AB Leslie* ..... 312

## AANTEKENINGE

Rektifikasie en die Belange van Derdes
*deur DJ Joubert* ..... 326

Aspekte van die Reg insake Notariële Verbande
*deur CFC van der Walt* ..... 332

## VONNISSE

S v Daniëls
*Kousaliteit* ..... 340

Kidwell v The Master
*Ondertekening van 'n testament* ..... 345

S v Seloke
*Hersienbaarheid van strafsake* ..... 349

Smit v Smit
*Egskeidingsgronde* ..... 354

## BOEKE

DWR Hertzog *Functional Theory in Trade Mark Law* .... 362

WE Cooper *Motor Law Volume I* ..... 363

BAND 46 NOMMER 4 NOVEMBER 1983

## ARTIKELS

'n Huurder se Aanspraak op Vermindering van Huurgeld terwyl hy in Besit van die Huursaak is
*deur JN Piek en DG Klein* ..... 367

Gevolgsveroorsaking en Gevolgsaanspreeklikheids-begrensing in die Duitse Strafreg
*deur FFW van Oosten* ..... 383

Die Skuldvereiste by Statutêre Misdade
*deur M Schutte* ..... 406

Regsdinamika: Opmerkinge oor die Aard van die Wetgewingsproses
*deur JMT Labuschagne* ..... 422

## ANTEKENINGE

Hoe is die Aksie van Afhanklikes Afhanklik? – 'n Besinning na Aanleiding van 'n Stelling in Masiba v Constantia Insurance Co Ltd 1982 4 SA 333 (K)
*deur CFC van der Walt* ..... 436

Borgstelling en Artikel 26(2) van die Insolvensiewet
*deur GF Lubbe en AH van Wyk* ..... 450

The Demise of Misrepresentation as Cause of Action. – Allen v Sixteen Stirling Investments (Pty) Ltd Reconsidered
*by A Beck* ..... 460

## VONNISSE

Ex parte Friedgut
*Beginnerskursus in Latyn* ..... 468

Ghering v Union Nasionaal Suid-Britse Versekeringsmaatskappy Bpk; Krugell v Shield Versekeringsmaatskappy Bpk
*Payments from a collateral source* ..... 474

Weber v Santam Versekeringsmaatskappy
*The child and the reasonable man* ..... 477

## BOEKE

PJ Visser en JP Vorster *General Principles of Criminal Law through the Cases* ..... 482

Meinema *Hugo Grotius – A Great European, 1583-1645* ..... 485

# Die regsvergelykende metode

DH van Zyl
*MA LLD*
*Lid van die Pretoriase Balie*

**SUMMARY**

Although there has been a tendency during the past decade in South Africa to employ comparative law with greater frequency in both academic contributions to legal research and in case law, comparative law, as in the case of legal history, has not yet received the recognition it deserves.

The concepts "comparative law" and the "comparative method" are not easy to define since their definitions depend largely on the approach of the particular comparatist and the aim he is hoping to achieve. Comparative law is rather a method than a legal science, although the application of the comparative method as such should, of course, be scientifically carried out. In this regard it involves the comparison, from historical and contemporary points of view, of various legal systems or of the legal institutions or legal principles contained in such legal systems.

The aims and functions of comparative law are, in general: the acquisition of knowledge of foreign law and of a better knowledge of the comparatist's own legal system and of various related disciplines; the improvement of the comparatist's own legal system; the betterment of international relations; the broadening of perspective in legal education and the eventual international unification of law.

The methods and techniques of legal comparison vary from comparatist to comparatist but in general the following steps should be adhered to, bearing in mind the legal-historical perspective of the particular legal system to be compared or its institutions or principles: the subject to be compared legally must be defined and the desirability of the comparison be evaluated; comparable legal systems should be selected with due regard to the structure and system of the particular legal system and to the sources of its law; the comparison as such should be effected with careful consideration of the basic differences in the nature and spirit of the legal systems being compared and with proper application of the comparative measure *(tertium comparationis)* adopted by the comparatist; finally the results obtained should be evaluated with a view to giving effect to the aims and functions of comparative law as discussed above.

'n Dekade het verloop sedert my bespreking in hierdie tydskrif[1] van die regshistoriese metode. Sedertdien het daar verskeie verdere akademiese en

1 "Die Regshistoriese Metode" in 1972 *THRHR* 19–37.

navorsingsbydraes op regshistoriese en regsvergelykende gebied verskyn.[2] Hierdie verblydende tendens het ook gedurende die sewentigerjare in 'n toenemende mate in die Suid-Afrikaanse regspraak na vore gekom.[3] Tog het regsvergelyking, net soos regsgeskiedenis, lank nog nie sy regmatige plek in die Suid-Afrikaanse regspraktyk of selfs op die gebied van die regsnavorsing ingeneem nie. Dit hang waarskynlik saam met die feit dat die volle konsekwensies van regsmetodiek oftewel metode in die regswetenskap in 'n groot mate nog nie in die Suid-Afrikaanse regswêreld besef of erken word nie.[4]

Daar val nie aan te twyfel nie dat regsvergelyking ten nouste aan regsgeskiedenis gekoppel is in 'n land soos Suid-Afrika met sy Romeins- en Romeins-Hollandsregtelike fondamente. Dié feit is reeds in 1961 deur Hosten uitgewys in sy intreerede aan die Universiteit van Suid-Afrika[5] waarin hy aantoon dat die moderne beoefening van regsvergelyking nie sonder inagneming van die historiese aspek doeltreffend kan geskied nie.[6] Die vrae wat egter telkens in hierdie verband geopper word, is: Wat word verstaan onder die begrip "regsvergelyking," wat is die doel daarvan en hoe, dit wil sê volgens welke metode of tegniek, word dit toegepas? In wat volg sal gepoog word om kortliks op hierdie vrae te antwoord en om aan te dui hoe die regsvergelykende metode in die regspraktyk en in regsakademiese navorsing toegepas kan word.

2 Sien bv Pauw *Persoonlikheidskrenking en Skuld in die Suid-Afrikaanse Privaatreg: 'n Regshistoriese en Regsvergelykende Ondersoek* Leiden (1976), waarin Duitse, Switserse, Nederlandse, Franse en Engelse reg met die tersaaklike historiese ontwikkeling en met die moderne Suid-Afrikaanse reg vergelyk word. Sien ook die ongepubliseerde proefskrif van Van der Westhuizen *Noodtoestand as Regverdigingsgrond in die Strafreg* UP (1979), wat weer Wes-Duitse, Nederlandse, Engelse, Amerikaanse (VSA), Oos-Duitse en Poolse reg in oënskou neem nadat die historiese ontwikkeling van noodtoestand kortliks geskets is.

3 In die betrokke beslissings word daar veral na die Engelse en die Amerikaanse reg verwys: Sien bv *Ranger v Wykerd* 1977 2 SA 976 (A); *Hicklin v Secretary for Inland Revenue* 1980 1 SA 481(A); *Demmers v Wyllie and Others* 1980 1 SA 835 (A) en *Titus v Shield Insurance Co Ltd* 1980 3 SA 119 (A). Veral in die appèlhof het daar 'n duidelike tendens in die rigting van 'n meer doelmatige en volledige aanbieding van regsvergelyking kenbaar geword: Sien bv *Government of the Republic of South Africa v Ngubane* 1972 3 SA 601 (A) (Nederlandse, Duitse, Italiaanse, Spaanse, Oostenrykse, Switserse, Franse, Engelse, Amerikaanse en Skotse reg); *Santam Insurance Co Ltd v Vorster* 1973 4 SA 764 (A) (Kanadese, Nieu-Seelandse en Amerikaanse reg); *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk* 1979 1 SA 391 (A) (Duitse, Nederlandse, Engelse en Amerikaanse reg); *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 (A) (Engelse en Nederlandse reg). Selfs op die gebied van die samestelling van nuwe wetgewing of die verbetering van ou wetgewing word meer erkenning aan regsvergelyking verleen, soos in die geval van die *Wet op Deeltitels* 66 van 1971 wat grotendeels op Israelse en Nieu-Seelandse reg teruggeval het. Vergelyk ook die *Verjaringswet* 68 van 1969 vir die samestelling waarvan prof JC de Wet belangrike regsvergelykende navorsing gedoen het. Oor die geskiedenis van regsvergelyking in Suid-Afrika en elders sien Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking* (1981) (Hierna "Van Zyl *Regsvergelyking*" genoem) 5–16 en die uitvoerige bespreking van Zweigert en Kötz *An Introduction to Comparative Law I* (1977) (Hierna "Zweigert-Kötz" genoem) 41–56.

4 Sien in die algemeen Van der Westhuizen "Objek en Metode in die Regswetenskap," referaat gelewer op 17 Augustus 1981 en deur die Universiteit van Pretoria gepubliseer as deel van 'n reeks getiteld *Objek en Metode in die Geesteswetenskappe.* Vgl Dugard "The 'Purist' Legal Method, International Law and Sovereign Immunity" in *JC Noster* (1979) 36–52.

5 "Romeinse Reg, Regsgeskiedenis en Regsvergelyking," gepubliseer in 1962 *THRHR* 16–35.

6 Sien in hierdie verband die insiggewende artikel van Genzmer, "Ueber historische Rechtsvergleichung" in *M Rotondi, Inchieste di dirito comparato (2)* (1973) 233–254.

## 1 DIE BEGRIPPE "REGSVERGELYKING" EN "REGSVERGELYKENDE METODE"

Dit is nie maklik om 'n ongekwalifiseerde omskrywing van die begrip "regsvergelyking" te gee nie aangesien dit verband hou met die besondere benadering van die betrokke regsvergelyker, welke benadering op sy beurt saamhang met die doel en metode van vergelyking wat in 'n bepaalde land of deur die regsvergelyker aangewend word. Die Engelse begrip "comparative law" ("vergelykende reg") en die Franse begrip "droit comparé" ("vergeleke reg") is beide enigsins misleidend vir sover regsvergelyking eerder 'n metode is as 'n afsonderlike vertakking van die reg. Die Duitse "Rechtsvergleichung" en die Nederlandse "rechtsvergelijking" is meer akkurate omskrywings van regsvergelyking in die sin dat hulle aanduidend is van hierdie vakgebied as 'n onderdeel van die "algemene regsmetodiek." Dit volg dan dat die tegniek of metode van regsvergelyking as die "regsvergelykende metode" omskryf kan word, welke metode, soos reeds vermeld, met die regshistoriese metode hand aan hand gaan aangesien beide metodes is wat op sowel horisontale (moderne) as vertikale (historiese) vlak tot die beter begrip en uitbouing van die eie regstelsel bydra.

Dit is wel so dat regsvergelyking onder sekere omstandighede as 'n vertakking van die regswetenskap gesien kan word, byvoorbeeld wanneer dit op die bepaling van gemeenskaplike kenmerke en beginsels van soortgelyke instellings, soos hulle in verskillende regstelsels voorkom en ontwikkel het, gerig word.[7] Wanneer die huidige stand van navorsing op die gebied van die regsvergelyking egter in oënskou geneem word, blyk dit dat regsvergelyking as 'n metode eerder as 'n wetenskap opgeneem moet word, hoewel die bestudering en toepassing daarvan natuurlik op wetenskaplike wyse moet geskied aangesien regsvergelyking nie die blote beskrywing van vreemde regsinstellings of regsbeginsels beteken nie, maar die wetenskaplike vergelyking daarvan met mekaar.

Uit hoofde van die voormelde kan regsvergelyking dus omskryf word as die vergelyking, uit sowel historiese as kontemporêre oogpunt gesien, van vreemde regstelsels en hulle regsinstellings oftewel regsbeginsels met mekaar. So 'n ondersoek kan 'n vergelyking van die gees, struktuur en algemene benadering van die verskillende regstelsels insluit, maar kan ook slaan op die vergelyking met mekaar van slegs enkele regsbeginsels of regsinstellings van verskillende regstelsels. Dit is hoofsaaklik in laasgenoemde sin dat regsvergelyking tans

7 Regsvergelyking in hierdie sin word soms omskryf as "comparative jurisprudence," wat aandui dat dit die primêre doel van regsvergelyking is om vas te stel welke regsbeginsels aan sekere (of alle) regstelsels gemeenskaplik is. Die begrip "comparative legislation" dui weer op die vergelyking met mekaar van die reg, in die algemeen, van verskillende lande. Wigmore *A Panorama of the World's Legal Systems* (1936) 1129 e v verwys in hierdie verband na die begrippe "comparative nomoscopy" (die blote beskrywing van vreemde regstelsels), "comparative nomothetics" (die beoordeling van die voor- en nadele van die regsbeginsels of regsinstellings van verskillende lande) en "comparative nomogenetics" (die bestudering van die oorsprong en ontwikkeling van sodanige regsbeginsels of regsinstellings in historiese en kontemporêre verband).

bedryf word, mits die betrokke beginsels of instellings inderdaad funksioneel vergelykbaar is.[8]

## 2 DIE DOEL EN FUNKSIE VAN REGSVERGELYKING

Alvorens daar gekyk word na die aanwending van die regsvergelykende metode, is dit nodig om die doel en funksie van regsvergelyking kortliks in oënskou te neem.

Daar bestaan 'n groot verskeidenheid menings oor die doelstellings of oogmerke en die funksies van regsvergelyking, na gelang van die behoeftes en regsbenadering van die betrokke land of streek waar die regsvergelyking beoefen word, of van die betrokke regsnavorser wat die regsvergelykende metode toepas. Suid-Afrikaanse navorsers is dit oor die algemeen eens dat regsvergelyking òf aangewend kan word om leemtes of gebreke in die eie reg aan te vul ("toegepaste regsvergelyking") òf bloot beskrywend van aard kan wees, sonder om daaruit enige afleidings te maak, met die oog op aanvulling of verbetering van die eie reg ("beskrywende regsvergelyking"). Tot op datum was die meeste regsvergelykende navorsing wat hier te lande gedoen is hoofsaaklik beskrywend van aard, miskien omdat die volle omvang en implikasies van die doel en funksie van regsvergelyking nie besef is nie.

Wanneer die verskillende benaderings tot die beoefening van regsvergelyking in oënskou geneem word, kan die doel en funksie daarvan kortliks soos volg opgesom word:[9]

### 2 1 Kennis van vreemde reg

Een van die belangrikste funksies van regsvergelyking is om 'n uitgebreide kennis en begrip van vreemde regstelsels te bekom en om 'n supra-nasionale insig in die reg en regsbenadering van ander lande te verwerf. Die toenemende internasionale verkeer op handelsgebied en op ander terreine verleen ook praktiese waarde aan 'n kennis van vreemde reg.

### 2 2 Beter kennis van eie reg

Groter insig in en begrip van die eie, huishoudelike reg kan voortspruit uit 'n vergelyking van die plaaslike reg met dié van ander lande, veral waar die vreemde reg op dieselfde vlak van ontwikkeling as die eie reg verkeer en enigsins 'n gemeenskaplike historiese agtergrond daarmee het.

8 Zweigert-Kötz 4 se omskrywing lui: "Comparative law is the comparison of the spirit or style of different legal systems. or of the comparable legal institutions or of the solutions of comparable legal problems in different systems." Ebert *Rechtsvergleichung. Einführung in die Grundlagen* (1978) 21 onderskei tussen "makro-" en "mikrovergelyking": "makrovergelyking" ("Makrovergleichung") is vir hom die vergelyking van regstelsels of groepe regstelsels, terwyl "mikrovergelyking" ("Mikrovergleichung") die vergelyking is van regsinstellings, regsbeginsels of samestellings van regsbeginsels van verskillende regstelsels.

9 Sien in die algemeen Zweigert-Kötz 10–23; David en Brierley *Major Legal Systems in the World Today* (1978) (hierna "David-Brierley" genoem) 4–12; Van Zyl *Regsvergelyking* 17–34.

## 2 3 Kennis van aanverwante dissiplines

Aangesien die reg van 'n bepaalde land 'n belangrike deel van sy kultuurgoedere is, is die verwerwing van kennis daarvan 'n belangrike manier om die gebruike van die betrokke land en sy mense te leer ken. Daarbenewens skep dit 'n geleentheid om kennis op te doen van dissiplines wat direk of indirek met die reg verband hou, byvoorbeeld die politiek-staatkundige, maatskaplike of ekonomiese ontwikkeling van 'n land vir sover sodanige ontwikkeling met die regsontwikkeling en juridiese opset van die betrokke land saamhang.

## 2 4 Verbetering van eie reg

Waar daar leemtes of gebreke in die eie reg is, kan sodanige leemtes gevul of gebreke gesuiwer word deur die relevante beginsels en instellings van vreemde reg te bestudeer en, waar dit prakties moontlik is, toe te pas. Dit kan geskied deur die invoer van nuwe wetgewing of deur die werksaamhede van die regbank wat deur middel van uitleg en rekonstruksie regskeppende regspraak tot stand kan bring. Dit was juis op die gebied van wetgewing dat die toepassing van die regsvergelykende metode in die verlede reeds goeie vrugte afgewerp het en tot die totstandkoming van die Franse "Société de legislation comparée" ("Vereniging vir vergelykende wetgewing") in 1869 aanleiding gegee het. In Nederland word daar tans ruim gebruik gemaak van regsvergelyking by die samestelling van 'n nuwe burgerlike wetboek *(Nieuw Burgerlijk Wetboek)*. Belangrike onlangse Suid-Afrikaanse wetgewing, soos die *Verjaringswet* 68 van 1969, die *Wet op Deeltitels* 66 van 1971 en die *Wet op Egskeiding* 70 van 1979 het eweneens van regsvergelyking gebruik gemaak. Net so steun die Suid-Afrikaanse Regskommissie wat in 1973 ingestel is met die oog op die maak van aanbevelings in verband met, onder andere, die herroeping van verouderde bepalings van die reg, die verwydering van dubbelsinnighede of anomalieë in wetgewing, die bewerkstelliging van eenvormigheid van die reg in die algemeen en die konsolidasie of kodifikasie van vertakkinge van die reg wat daarvoor vatbaar is, op regsvergelyking.

Dit spreek vanself dat die aanbevelings *de lege ferenda* van regsgeleerdes wat akademiese bydraes lewer van groot belang kan wees by die verbetering van die eie reg, hetsy by wyse van wetgewing, hetsy by wyse van wetsuitleg of vertolking van regsbeginsels.

## 2 5 Verbeterde internasionale betrekkinge

Groeiende internasionale verkeer op velerlei gebiede soos handel, toerisme en staatkunde, en snelle kommunikasiemiddels maak die bestaan van gesonder internasionale verhoudinge tussen verskillende lande noodsaaklik. Die bestudering van die reg van ander lande en die uitruil van regskennis en regsopleiding op internasionale vlak is 'n bewese metode om internasionale betrekkinge op politieke, ekonomiese of ander terreine te verbeter. Hoewel regsvergelyking in bykans enige gedaante 'n rol kan speel om volkere nader aan mekaar te bring, is die direkste wyse om dit te bereik die verbetering van die internasionale begrip

van volkereg en internasionale privaatreg en die daarstelling, so ver moontlik, van eenvormige reëls op hierdie gebiede.

### 2 6 Verbreiding van perspektief in die regsonderrig

Die student wat regsvergelyking bestudeer en toepas moet desnoods 'n waardering vir die juridiese kultuurgoedere van ander lande aankweek en 'n begrip ontwikkel vir die verskillende faktore – sosiaal, kultureel of andersins – wat in die vorming van reg dwarsdeur die wêreld 'n rol speel. Regsvergelyking neig ook om oordrewe nasionalisme en gepaardgaande positivisme of dogmatisme teen te werk en om begrip vir die universele of transendentale faset van die reg te laat ontwikkel, sodat daar weinig twyfel kan bestaan oor die waarde van regsvergelyking as 'n middel om die student se perspektief op regsgebied aansienlik te verbreed.

### 2 7 Unifikasie van die reg

Een van die doelstellings van regsvergelyking waaraan deur die jare die meeste prominensie verleen is, is die internasionale unifikasie van die reg met die oog op die daarstelling van 'n oralgeldende internasionale regswetenskap met eenvormige reëls. 'n Volledige unifikasie van die reg is minstens vir die afsienbare toekoms waarskynlik nie 'n bereikbare ideaal nie, maar eenvormigheid op beperkte gebiede en tussen bepaalde lande het in baie opsigte reeds 'n werklikheid geword terwyl daar, as 'n tussenstap, gepoog word om so ver moontlik 'n harmonisering of versoening van verskillende nasionale regstelsels te bewerkstellig.[10] Die einddoel is egter steeds om 'n tipe internasionale *ius commune* te ontdek of te skep, met verwysing na die "gemeenskaplike kern" ("common core") van regstelsels wat as basis kan dien vir gemeenskaplikheid van die reg van verskillende lande. Uit die aard van die saak is so 'n samestelling van gemeenskaplike reg op ontwikkelende gebiede soos lug- en ruimtevaart, atoomkrag en industriële of intellektuele eiendom makliker as ten opsigte van meer gevestigde gebiede van die reg soos familiereg of erfreg, maar 'n geleidelike unifisering van die reg, ook op sulke gebiede, is nie uitgesluit nie. Struikelblokke in die unifiseringsproses is veelvuldig vir sover die aard en gees van die wêreld se regstelsels wesenlik kan verskil, terwyl verskille tussen lande op kulturele, godsdienstige, etnologiese, politieke, ekonomiese, maatskaplike of ander gebiede legio is. Aan die ander kant, indien die begeerte om te unifiseer opreg is en daar van die standpunt uitgegaan word dat die mens nie deur sy begrippe en metodes oorheers word nie maar andersom, sou dit moontlik wees om tog 'n unifikasie van die reg, selfs op gevestigde gebiede van die reg, te bewerkstellig.

Die mees beproefde metode van unifikasie van die reg wat vandag nog aan-

10 Sien die volledige bespreking van unifikasie van die reg in die *International Encyclopedia of Comparative Law II* c 5 en vgl Gutteridge *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research* (1971) 145–184; Zweigert-Kötz 19–23; Van Zyl *Regsvergelyking* 23–34.

gewend word, is die samestelling van 'n eenvormige wet of kode, gebaseer op die regsvergelykende werk van 'n paneel deskundiges, welke kode of wet dan ingelyf word in 'n veeldelige verdrag wat die ondertekenaars daartoe verbind om dit te aanvaar as onderdeel van hulle eie reg. Voorbeelde van sulke wetgewing wat op die verskillende state van die Verenigde State van Amerika van toepassing geword het, en dus as 'n soort "interne unifikasie" van die reg beskryf kan word, is die "Restatement of the Law" en die "Uniform Commercial Code" (laasgenoemde synde op alle state behalwe Louisiana bindend). Op kleiner skaal is daar die universele of standaardkontrakte wat op die gebied van die internasionale handel, bankwese, versekering en vervoer tot stand gekom het. Organisasies soos die "Rome International Institute for the Unification of Private Law" (UNIDROIT), die Europese Ekonomiese Gemeenskap (EEG), die "United Nations Conference on Trade and Development" (UNCTAD) en die "United Nations Commision on International Trade Law" (UNCITRAL) het reeds belangrike bydraes tot die unifikasie van die internasionale handelsreg gelewer en die verwagting is dat daar nog veelvuldige bydraes op hierdie en ander gebiede van die reg bewerkstellig kan word.

## 3 DIE METODIEK EN TEGNIEK VAN REGSVERGELYKING

Die begrip "metode" in verband met regsvergelyking dui enersyds op sy rol as deel van die "algemene regsmetodiek" en andersyds op die wyse waarop daar regsvergelykend te werk gegaan word. In laasgenoemde sin kan daar miskien eerder na "metodiek" of "tegniek" verwys word as na "metode." In hierdie verband bestaan daar 'n verskeidenheid van menings oor presies hoe regsvergelykende navorsing aangepak moet word. Gevolglik word daar in die onderhawige bydrae slegs op algemene riglyne gewys.[11]

### 3 1 Regsvergelykende metodiek

Die metode wat deur 'n bepaalde navorser in sy regsvergelykende werk aangewend word, hang ten nouste met die doel van sy navorsing saam. Tot op datum was daar nie eintlik sprake van enige regsvergelykende sistematiek of metodologie nie, aangesien die hele terrein hoogs empiries en kasuïsties is: elke geval moet op eie meriete en in die lig van sy eie omstandighede of onderliggende faktore benader word, terwyl die empiriese daarmee saamhang dat alle verskillende metodes in 'n besondere geval moontlik beproef sal moet word alvorens die

11 Sien in die algemeen oor regsvergelykende metodiek en tegniek Zweigert-Kötz 23–41; David-Brierley 11–16; Gutteridge 88–126; Van Zyl *Regsvergelyking* 34–43 en vgl Sauser-Hall *Fonction et méthode du droit Comparé* (1913); Van Zijl Steyn "The Comparative Method in Legal Study" 1931 *SALJ* 203–206: Winkel *De methode der rechtsvergelijking* (1936); Sandrock *Ueber Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung* (1966); Ancel "Réflexions sur la recherche et sur la méthode comparatives" *Festschrift Rheinstein I* (1969) 211–219; Ancel *Utilité et methodes du droit comparé* (1971); Constantinesco *Rechtsvergleichung II. Die rechtsvergleichende Methode* (1972); Zajtay "The Aims and Methods of Comparative Law" 1974 *CILSA* 321–330; Butler "International Law and the Comparative Method" 1977 *Current Legal Problems* 105 ev.

doeltreffendste sistematiek en metodiek gevind word. Onder die faktore wat hierdie metodes kan beïnvloed, is die navorser se kennis van die reg van die betrokke land of lande, sy kennis van die betrokke taal, kultuur, ideologie, sosiologie, etnologie, politiek, ekonomie, filosofie en ander onderliggende omstandighede wat met die reg mag saamhang, en die beskikbaarheid van bronne, byvoorbeeld in biblioteke of institute. Dit spreek vanself dat, hoe vollediger hierdie kennis en hoe groter die beskikbaarheid van bronne, hoe doeltreffender die regsvergelyking behoort te wees.

Daar kan nie ontken word nie dat behoorlike regsvergelyking 'n uiters gespesialiseerde gebied is wat nie binne die bevoegdheid of vermoë van alle regsgeleerdes val nie. Oor die algemeen is dit slegs die deskundige navorser wat met besondere agtergrondskennis en ervaring toegerus is, vir wie werklik doeltreffende regsvergelyking beskore sal wees. Waar die onderwerp van die navorsing en die hoeveelheid en aard van die regstelsels wat geraadpleeg word, egter beperk word, is dit moontlik dat selfs 'n betreklik onbedrewe regsgeleerde regsvergelykende navorsing kan onderneem. Dit is byvoorbeeld vir die meeste Suid-Afrikaanse regsgeleerdes nie besonder moeilik om die Suid-Afrikaanse reg met die Anglo-Amerikaanse of Nederlandse reg te vergelyk nie vir sover die toepaslike bronne meestal òf in Engels òf in Nederlands voorkom. Daarbenewens het die meeste regsgeleerdes genoeg insig om die resultate van reeds voltooide regsvergelykende navorsing vir die oplossing van die betrokke probleem waarmee hulle gekonfronteer word, aan te wend.

### 3 2 Regshistoriese perspektief

Waar die onderwerp van die regsvergelyking hom daartoe leen, moet die geskiedkundige agtergrond en ontwikkeling van die betrokke regstelsel, regsinstelling of regsbeginsel ook nagevors word, sodat sowel die vertikale (historiese) as die horisontale (kontemporêre) vlak betree word. Reeds so vroeg as 1861 het Sir Henry Maine, die bekende Engelse regshistorikus, in sy pionierswerk *Ancient Law* gewys op gemeenskaplike kenmerke van antieke of primitiewe regstelsels en daardeur gepoog om 'n algemene wêreldgeskiedenis van die reg as deel van die algemene geskiedenis van die wêreld se beskawing daar te stel. Dit het saamgehang met Maine en sy aanhangers se bykans sosiologiese belangstelling in vergelykende volkekunde. Tog was dit juriste soos Koschaker met sy *Europa und das römische Recht,* waarvan die eerste uitgawe gedurende 1947 verskyn het, wat enersyds op die belangrikheid van Romeinse reg as basis vir regsvergelyking gewys het en andersyds aangetoon het dat die ontwikkeling van 'n regstelsel afhanklik is van sekere tipiese, veelvoorkomende faktore aan die een kant en sekere atipiese of onreëlmatige faktore aan die ander kant. Wanneer daar dus vergelykend opgetree word, kan die historiese en aanverwante faktore nie buite rekening gelaat word nie.

## 3 3 Tegniek van regsvergelyking

Hoewel die bepaalde tegniek wat deur 'n regsvergelykende navorser aangewend word na gelang van die omstandighede en die doel wat hy voor oë het, kan verskil, bestaan daar sekere basiese stappe wat in die meeste regsvergelykende navorsing gevolg word of gevolg behoort te word.

### 3 3 1 *Wenslikheid van regsvergelyking*

Ten aanvang is die logiese uitgangspunt van enige regsvergelyker die vraag of die beoogde navorsing wenslik is al dan nie, en wel met inagneming van die bestaan van leemtes, onvolledigheid of verwarring in die eie reg. In aansluiting hierby is dit van belang om die presies onderwerp van die regsvergelyking af te baken. Oor die algemeen sal 'n beperkte onderwerp hom meer geredelik tot regsvergelykende navorsing leen as 'n wyd gefundeerde onderwerp, tensy daar, in laasgenoemde geval, samewerking bestaan van 'n aantal navorsers of navorsingsinstitute, soos die geval is by reuse projekte soos die *International Encyclopedia of Comparative Law.*

### 3 3 2 *Keuse van regstelsels*

Die hoeveelheid stelsels wat geraadpleeg moet word en die selektering daarvan vir die betrokke navorsing kan hoofbrekens besorg. Dit spreek vanself dat minstens twee stelsels (byvoorbeeld Suid-Afrikaanse en Engelse reg) vergelyk moet word, maar hoe meer stelsels in oënskou geneem kan word hoe beter, mits, natuurlik, sodanige stelsels met mekaar vergelykbaar is.

In hierdie verband moet die vergelyker waak teen oordrewe entoesiasme. Vir die ambisieuse regsvergelyker mag die vergelyking van 'n groot aantal regstelsels, hoe uiteenlopend hulle ook al mag wees, na 'n heel prakties uitvoerbare oefening lyk, maar die kanse is goed dat hy hom kort voor lank in 'n doolhof van onvoorsiene probleme gaan bevind as gevolg van strukturele, sistematiese, terminologiese of ander verskille tussen die betrokke regstelsels. Aan die ander kant kan dit gebeur dat die regstelsels wat vergelyk word so na verwant is aan mekaar dat die verskille wat tussen hulle mag bestaan uiters subtiel is of andersins nie van wesenlike belang is nie, sodat die regsvergelykende oefening weinig vrugte afwerp.

Indien 'n bepaalde regsbeginsel of regsinstelling nagevors word, moet die onderwerp van navorsing die bepalende faktor wees by die vasstelling van die regstelsels wat betrag moet word. Waar die onderwerp draai om 'n aspek van, sê, verbintenis- of sakereg, wat 'n stewige fondament in die Romeinse reg en sy latere ontwikkeling het, sal dit noodsaaklik wees om na die Franse en Duitse reg te kyk, as synde verteenwoordigend van die Romaanse en Germaanse regstradisie onderskeidelik, terwyl vrugbare resultate uit 'n vergelyking van hierdie stelsels met die Anglo-Amerikaanse en Skandinawiese reg kan voortspruit. Op gebiede van die reg wat betreklik onlangs ontwikkel het, moet daar meer selektief te werk gegaan word, met inagneming van die faktore wat die ontwikkeling

van die betrokke gebied in 'n bepaalde regstelsel of regstelsels bevorder het. So, byvoorbeeld, word "anti-trust" wetgewing gewoonlik aan die Verenigde State van Amerika gekoppel terwyl sosiale ongevalleversekering met die provinsie Saskatchewan in Kanada aan die een kant, en Pole en Finland aan die ander kant, in verband gebring word.

### 3 3 3 *Vergelykbaarheid*

'n Vereiste wat hand aan hand gaan met dié van keuse van regstelsels is die vasstelling van die vergelykbaarheid al dan nie van sodanige regstelsels en die betrokke regsinstellings wat onder die soeklig geplaas moet word. Daar bestaan weinig sin in om totaal onvergelykbare regstelsels of regsinstellings binne die kader van sodanige regstelsels met mekaar te vergelyk, tensy dit die navorser se oogmerk is om 'n geheel en al oorspronklike regsinstelling of regsbeginsel te skep of aan die hand te doen. Die meeste navorsers se uitgangspunt is om, aan die hand van 'n vergelykende maatstaf (ook genoem die *tertium comparationis*), vas te stel of vergelyking prakties moontlik is. Die gedagte is om eenvormigheid van probleemstelling en vergelyking ten opsigte van dieselfde evolusionêre tydperk te bewerkstellig. Sekerlik een van die mees prakties vergelykende maatstawwe in hierdie verband is dié van funksie: ongeag die plek wat die betrokke regsinstelling of regsbeginsel in die algemene sistematiek of metodiek van die regstelsel waarvan dit deel vorm, inneem, en ongeag die regsterminologie wat in verband daarmee gebruik word, is dit moontlik om te bepaal wat die funksie van sodanige instelling of beginsel is en om dan in die verskillende regstelsels te bepaal welke instelling of beginsel, indien enige, naastenby dieselfde funksie vervul. Op hierdie wyse is dit moontlik dat uiteraard onvergelykbare fasette van regstelsels funksioneel vergelykbaar word en dit kan ruimte bied vir werklik oorspronklike regsvergelyking.

### 3 3 4 *Struktuur en sistematiek: regsbronne*

Alvorens die navorser tot die proses van regsvergelyking as sodanig kan oorgaan, moet hy hom vergewis, enersyds, van die struktuur en sistematiek van die regstelsel wat hy wil bestudeer en, andersyds, van die bronne van die reg wat in sodanige regstelsel bestaan.

Elke regstelsel het sy eie sisteem van regsbronne wat geraadpleeg moet word wanneer die navorser 'n probleem in daardie regstelsel wil oplos. Daarbenewens beskik elke regstelsel oor sy eie struktuur en sistematiek. Dit mag wees dat verskillende regstelsels 'n groot mate van ooreenkoms toon met betrekking tot hul regsbronne enersyds en hul struktuur of sistematiek andersyds, maar die teendeel word ook aangetref en dan is dit noodsaaklik dat die navorser hom volkome vergewis van die ooreenkomste en verskille in hierdie verband. Vir doeleindes van die tegniek van regsvergelyking is dit van belang om te weet dat die reg van 'n ander land nie slegs in kodes, wetboeke of soortgelyke statutêre samestellings vervat word nie maar ook, gewoonlik, in 'n verskeidenheid verde-

re bronne, soos hofverslae of dergelike oorkondes (veral van hooggeregshowe), gewoontereg, handboeke, kommentare van regskrywers, tydskrifte en ander akademiese bydraes, voorkom.

Van besondere nut in verband met regsbronne, veral waar die navorser se kennis van die vreemde taal of tale nie toereikend is nie, is die bestaan van weergawes van die reg en regsbronne van verskillende lande in Engels of in 'n ander toeganklike taal. Hierbenewens het die navorser besondere nut van bibliografiese of ensiklopediese werke soos die *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* en die *International Encyclopedia of Comparative Law.*

### 3 3 5 *Die Proses van vergelyking*

Gewapen met 'n kennis van die struktuur en sistematiek van die betrokke stelsels aan die een kant en met die relevante bronne van die reg tot sy beskikking aan die ander kant, is die navorser toegerus om met die eintlike proses van regsvergelyking te begin.

Hoewel hy oor al die nodige bronne mag beskik, is dit ten aanvang vir hom van belang om daarop te let dat die waarde van die verskillende regsbronne in 'n regstelsel en die gewig wat aan die besondere bron van die reg verleen moet word, versigtige beoordeling verg. Die gesag van hofbeslissings in een land, byvoorbeeld, kan aansienlik verskil van die gesag daaraan verleen in ander regstelsels: in Engeland en Suid-Afrika, waar die beginsel van *stare decisis,* oftewel die presedenteleer, sterk beklemtoon word, is hofbeslissings van hooggeregshowe bykans 'n primêre bron van die reg, terwyl dit in die meeste vastelandse regstelsels nie naastenby dieselfde gewig dra nie.

Ook die wyse van uitleg van 'n bepaalde regsbron kan 'n aansienlike verskil aan sy waarde en inhoud gee. Die stel van 'n regsbeginsel in 'n wetboek of handboek beteken geensins dat dit die geldende reg is nie. Deur regterlike interpretasie kan die aanwendingsgebied van 'n regsbeginsel of regsinstelling uitgebrei of ingekort word, sodat die navorser desnoods na hofbeslissings sal moet kyk en nie die regsbron sommer kan aanvaar nie. Die rol van algemene beginsels, soos goeie trou *(bona fides),* billikheid *(aequitas)* en goeie sedes *(boni mores),* kan in hierdie verband nie uit die oog verloor word nie, terwyl die navorser voortdurend die verband tussen die instelling of beginsel wat hy ondersoek en ander verwante aspekte in gedagte moet hou.

Dit mag selfs gebeur dat 'n regsreël in een regstelsel nie as regsreël in 'n ander voorkom nie, maar dieselfde funksie vervul as, byvoorbeeld, 'n ongeskrewe kommersiële reël. Die navorser moet hierop bedag wees en nie eenvoudig aanvaar dat die ander regstelsel glad nie oor 'n korresponderende of analoë reël of beginsel beskik nie. Hy moet dus sy aandag ook toespits op dit wat in die praktyk, buite die reg om, gebeur.

'n Probleem wat dikwels tydens die regsvergelykingsproses na vore tree is dié wat met wisselende of verskillende terminologie in verskeie regstelsels verband hou. Nederlandse begrippe soos "delikt" en "jurisprudentie" verskil, byvoorbeeld, van die Engelsregtelike "delict" en "jurisprudence." Die begrippe

"skade," "onregmatigheid" en "toerekeningsvatbaarheid" in die delikte- en strafreg verskil gewoonlik ook van die een regstelsel na die ander. Dit is juis een van die doelstellings van die unifikasie-beweging, waarna hierbo verwys is, om sover moontlik gemeenskaplike of oorkoepelende kernbegrippe, wat in alle regstelsels dieselfde of naastenby dieselfde betekenis sal dra, te skep.

Nadat die weergawe van die betrokke beginsel, instelling of ander navorsingsvoorwerp in die verskillende regstelsels nagevors is en 'n verslag oor of beskrywing van elk voorberei is, is die "beskrywende" deel van die regsvergelyking voltooi en word daar oorgegaan tot die "toegepaste" regsvergelyking. Dit behels die vasstelling van die ooreenkomste en verskille wat in die nagevorste regstelsels voorkom en wel in die lig van die vergelykende maatstaf *(tertium comparationis)* wat deur die navorser gekies is. Hierdie bepaling van ooreenkomste en verskille moet nie slegs terdeë rekening hou met die relevante uitlegreëls van die betrokke regstelsel nie, maar moet ook geskied teen die agtergrond van ideologiese, kulturele, sosiologiese, etnologiese, politieke, ekonomiese, filosofiese, godsdienstige of ander faktore en omstandighede wat moontlik ter sake mag wees. Die beskrywing moet dan analities gesistematiseer en geklassifiseer word. Sover moontlik moet dit ook funksioneel wees, sonder verwysing na die eie begrippe of regsterminologie: die ideaal is dat die navorser alle vooroordele of beperkings op sy regsdenke afskud, sy aandag op die konkrete probleem vestig en homself afvra wat die funksie van die betrokke reël of beginsel, in welke gedaante dit ook al voorkom, in elke regstelsel is.

Wanneer die ooreenkomste en verskille in die verskillende regstelsels eenmaal bepaal is, word die essensiële kenmeke van die instelling of beginsel wat bestudeer word, vasgestel en op grond hiervan word die begrip daarvan omlyn en omskryf. Terselfdertyd word die ontwikkelingsneigings of -tendense van die betrokke beginsel bepaal, waarna daar tot die kritiese beoordeling van die resultate van die regsvergelykende proses oorgegaan word.

### 3 3 6 *Beoordeling van resultate*

Die ontleding en waardebepaling van die uitslag van die regsvergelykende navorsing wissel na gelang van die doel wat die navorser daarmee wil bereik. Daar is egter enkele aspekte van die resultate van sodanige navorsing wat gewoonlik tydens die beoordeling daarvan in gedagte gehou moet word.

Soms blyk dit dat die vreemde regstelsel glad nie die betrokke probleem wat nagevors word, ken nie, of, as daar inderdaad 'n dergelike probleem bestaan, geen oplossing daarvoor bied nie. Dit moet die regsvergelyker laat wonder waarom daar hoegenaamd 'n probleem bestaan en of die probleem of oplossing daarvan in sy eie reg nie miskien kunsmatig of oorbodig is nie. Aan die ander kant mag dit wees dat verskillende regstelsels met gebruikmaking van verskillende instellings of beginsels dieselfde doel nastreef. So, byvoorbeeld, kom die Engelsregtelike "trust" in heelparty opsigte met die Nederlandse "stichting" ooreen terwyl die Suid-Afrikaanse reg beide instellings ken en in die praktyk toepas.

Indien die navorser hom kan skei van sy eie reg se beginsels, begrippe of sistematiek kan hy in die vreemde reg sekere instellings of beginsels ontdek wat van groot waarde vir sy eie regstelsel se ontwikkeling kan wees. Om 'n voorbeeld te noem: hoewel sekere "common law" instellings (soos sommige instellings ten opsigte van erfreg en sakereg) baie kasuïsties en ingewikkeld kan wees vergeleke met die gewone analitiese, sistematiese en eenvoudiger Vastelandse instellings kan die teenoorgestelde ook waar wees. Die trust kom byvoorbeeld nie in Vastelandse regstelsels voor nie maar sou tog van groot waarde daarin kon wees.

Ten spyte van faktore soos morele, godsdienstige, kulturele of ander oorwegings, is dit opvallend dat die meeste regstelsels dikwels bykans dieselfde oplossing vir soortgelyke probleme gee. Dit is daarom nie vreemd nie dat daar in die Suid-Afrikaanse reg 'n vermoede bestaan dat vreemde reg met die Suid-Afrikaanse reg ooreenstem (die sogenaamde *praesumptio similitudinis*) en dat die persoon wat beweer dat daar 'n verskil is, dit moet bewys.[12]

Die resultate van die regsvergelykende navorsing moet uit die aard van die saak gebruik word om die doelstellings en funksies van regsvergelyking, soos hierbo reeds bespreek, te laat geskied. Die verbetering van die eie reg speel in hierdie verband 'n belangrike rol maar die navorsing moet ook vir die daarstelling van regsvergelyking as universele regswetenskap aangewend word. Dit is veral moontlik waar die navorser uit al die verskillende oplossings *een* ontwerp wat beter is as enige van sy komponente en wat moontlik as 'n supra-nasionale beginsel beskou sou kon word. Dit is te verwagte dat die navorser betreklik subjektief sal wees in sy beoordeling van die beste oplossing. Sulke subjektiwiteit kan egter deur die internasionale samewerking van regsvergelykende navorsers van verskillende lande uitgeskakel word en die ideaal van unifikasie van die reg 'n stap nader bring.

12 Sien *Schapiro v Schapiro* 1904 TS 673; *Rogaly v General Imports (Pty) Ltd* 1948 1 SA 1216 (C); *Estate H v Estate H* 1952 4 SA 168 (C); *Bank of Lisbon v Optichem Kunsmis (Edms) Bpk* 1970 1 SA 447 (W). Hierdie vermoede het klaarblyklik vanweë doelmatigheidsoorwegings tot stand gekom. Op die gebiede waar politieke of morele waardes egter aansienlik verskil, sal die vermoede waarskynlik nie geld nie. Sien Spiro "Foreign Law" 1972 *CILSA* 56–70; Zweigert-Kötz 31.

*Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20-25 bladsye getik op A4, dubbelspasiëring). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.*

*Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.*

# Fideikommis oor onroerende goed: aard van die *fideicommissarius* se reg

RC Laurens
*Dip in Law B Com LLD*
*Prokureur, Johannesburg*

**SUMMARY**
**Nature of the fideicommissary's right**

Controversy exists with regard to the nature of the fideicommissary's right. Some writers describe it as a real right, whilst others regard it as personal only, a view which is now supported by a decision of the supreme court. Some even hold that it is nothing more than an expectation (*spes*).

In an investigation into the nature of the fideicommissary's right, it must be appreciated first that whether the right is "real" or "personal" depends on what is meant by these terms. Secondly, the right can at most only be conditionally real or personal. Thirdly, a distinction must be drawn between testamentary *fideicommissa* and *fideicommissa inter vivos.* Lastly, consideration must be given to the effect of registration or non registration of the *fideicommissum* against immovable property burdened thereby.

Having regard to the aforegoing, I am of the opinion that a testamentary *fideicommissum* is a (conditional) real right, whether or not it is registered against the immovable property burdened thereby. The *fideicommissum inter vivos,* on the other hand, is and remains a (conditional) personal right, even if it is registered.

Die fideikommis vertoon so 'n verskeidenheid fasette dat dit nie verbasend is dat die meningsverskil daaromtrent voortduur nie. Die meningsverskil is hoofsaaklik geleë in die beskouing dat die reg van die *fideicommissarius*[1] 'n persoonlike reg is, teenoor dié dat dit 'n saaklike reg is en ook teenoor dié dat dit geen reg hoegenaamd is nie, maar slegs 'n verwagting (*spes*).

Dit is nie moontlik om 'n beskrywing te gee van die saaklike reg of van die onderskeid tussen saaklike regte en persoonlike regte wat vir alle omstandighede 'n vaste en sekere maatstaf sal wees nie. Vir doeleindes van hierdie bespreking is die uitgangspunt dat 'n saaklike reg op onroerende goed op die een of ander wyse vir die reghebbende 'n genots- of beskikkingsbevoegdheid ten aansien van daardie goed moet meebring. Dit moet deel wees van die versameling regte wat *dominium* uitmaak[2] en dit is in hierdie verband dat uitdrukkings

1 Die belangstelling is hier slegs op die reg van die *fideicommissarius* toegespits. Die *fiduciarius* word eienaar van onroerende goed (onderhewig aan die fideikommis) sodra registrasie daarvan op sy naam plaasvind. Voordat oordrag geregistreer is, is hy in dieselfde posisie as ander erfgename wat slegs 'n vorderingsreg het – sien Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* (1977) 298 e v vir 'n breedvoeriger uiteensetting.

2 Jones *The Law and Practice of Conveyancing in South Africa* (1976) 284.

soos "diminution of ownership," "subtraction from the dominium," "burden on the land or the property" en "charge upon the land"[3] gebruik word. Die regte moet volgens die bedoeling van die party of partye wat dit skep teenoor opvolgers in titel sowel as ander (derdes) afdwingbaar wees.[4]

Daarby moet ook nog onderskei word tussen 'n fideikommis wat kragtens testament geskep is[5] en 'n fideikommis wat tussen lewendes geskep is.[6] Om 'n volledige beeld te kry, moet oorweeg word wat die regswerking van elkeen van die twee tipes fideikommis is sowel in die geval waar hulle teen die betrokke onroerende goed geregistreer is as in die geval waar registrasie nie plaasgevind het nie.

Word die reg van die *fideicommissarius* as 'n persoonlike reg beskou en dan meer spesifiek as 'n (voorwaardelike)[7] *jus in personam ad rem acquirendam,* dit wil sê die reg om die fideikommissêre goed by die oopval[8] van die fideikommis te verkry, geld sekere belangrike oorwegings. Eerstens behoort onroerende goed wat aan 'n fideikommis onderhewig is dan nie van 'n *bona fide*-derde aan wie dit teenstrydig met die fideikommis getransporteer is (hetsy omdat die fideikommis in eerste instansie nooit geregistreer was nie, of omdat oordrag per abuis sonder die *fideicommissarius* se toestemming plaasgevind het) verhaal te kan word nie.[9] As die derde egter wel kennis van die fideikommis gehad het toe hy die goed verkry het, kan dit op grond van die kennisleer van hom verhaal word,[10] selfs al was die fideikommis nie geregistreer nie.[11] Tweedens behoort die beginsels van die spreuk *qui prior est tempore, potior est jure* met betrekking tot die *fideicommissarius* se reg toegepas te kan word.[12] Derdens mag 'n fideikommis dan nie teen onroerende goed geregistreer word nie, omdat registrasie strydig met artikel 63 van die Registrasie van Aktes Wet[13] (die "Akteswet") sal wees, tensy registrasie op ander gronde gemagtig is.

Word die *fideicommissarius* se reg as 'n (voorwaardelike) saaklike reg beskou, behoort dit in beginsel teen derdes te geld ongeag of hulle van die bestaan daarvan weet of nie.[14]

3 Vgl bv *e p Geldenhuys* 1926 OPD 155 163 – 164; Reinsma *Het Onderscheid tussen Zakelijke en Persoonlijke Rechten met betrekking tot Onroerend Goed in het Zuidafrikaanse Recht* (1970) 141.

4 Vgl *Odendaalsrus Gold v Registrar of Deeds* 1953 1 SA 600 (O) 609 – 611.

5 Daarna word vervolgens verwys as 'n fideikommis *mortis causa.*

6 Daarna word vervolgens verwys as 'n fideikommis *inter vivos.*

7 Sien hieronder.

8 Sien hieronder.

9 Sien Laurens *Die Ontstaan en Tenietgaan van Saaklike Regte in die Lig van die Suid-Afrikaanse Stelsel van Aktesregistrasie* (doktorale proefskrif UNISA 1980) 99 oor die funksie van registrasie m b t persoonlike regte.

10 Kyk Laurens *op cit* hfst 4 en meer spesifiek 369 n 1 i v m die kennisleer.

11 Vgl *Lange v Scheepers* (1878) 2 Buch 92.

12 Soos inderdaad in *Barnhoorn v Duvenhage* 1964 2 SA 486 (A) gedoen is. Kyk verder hieroor Laurens *op cit* 396 e v.

13 47 van 1937.

14 Die ideaal is natuurlik dat derdes in staat behoort te wees om hulle van die bestaan van saaklike regte te vergewis, maar dit gebeur nie altyd so nie – sien in dié verband Laurens *op cit* oor die negatiewe aspekte van die SA stelsel van aktesregistrasie en meer spesifiek by 6 3 3.

Reeds uit *Barnhoorn v Duvenage*[15] het dit duidelik geword dat die *fideicommissarius* wel 'n *reg* het voor die vervulling van die fideikommissêre voorwaarde, hoewel dit nie duidelik gemaak is of dié reg 'n persoonlike reg of 'n saaklike reg is nie.[16] Volgens *Van der Merwe v Registrateur van Aktes*[17] wil dit op die oog af voorkom asof die saak uitgemaak is. Toe 'n langslewende eggenoot grond wat onderhewig aan 'n fideikommis aan hom bemaak is, verkoop en aan die koper wil transporteer, dring die registrateur aan op 'n notariële afstanddoening van hulle reg (volgens artikel 16 van die Akteswet) deur die *fideicommissarii*. In 'n aansoek om die registrateur tot registrasie te verplig, word beslis dat artikel 16 nie van toepassing is nie omdat die fideikommissêre erfgename slegs 'n reg *in personam* ten opsigte van die fideikommisêre goed het en geen saaklike reg nie. Dit volg uit die uitspraak dat registrasie van die fideikommis teen die betrokke onroerende goed nie die persoonlike reg van die *fideicommissarius* in 'n saaklike reg verander het nie.

Dit is egter nie maklik om die volle implikasie van *Van der Merwe v Registrateur van Aktes* te bepaal nie. In die *Barnhoorn*-saak kon die hof met sy bevinding dat die *fideicommissarius* wel 'n reg het, die sessie van dié reg erken en die beginsels van die spreuk *qui prior est tempore, potior est jure* op die geval toepas. Vir die *Van der Merwe*-beslissing het die bevinding beteken dat die indiening van 'n notariële afstand deur die *fideicommissarii* vermy kon word.

Dat registrasie van *fideicommissa* volgens die *Van der Merwe*-beslissing uit hoofde van artikel 63 van die Akteswet nie toelaatbaar is nie, kan nie betwyfel word nie. Die vraag is dan of daar ander gronde bestaan wat sodanige registrasie magtig, want dat registrasie sedert onheuglike tye[18] ongehinderd voortgaan, is geen geheim nie.[19]

As eerste moontlike "ander magtigingsgrond" kan, vir wat dit werd is, die algemene aanvaarding deur sowel regsgeleerdes as leke dat registrasie wel gemagtig is, genoem word. Dit is natuurlik nie 'n erkende rede om van die uitdruklike bepalings van die Akteswet af te wyk nie, maar dit is 'n rede wat 'n mate van oorredingskrag inhou.[20]

'n Tweede moontlikheid is die gesag wat die howe aan die registreerbaarheid van *fideicommissa* verleen. Die howe aanvaar nie slegs dat sowel *fideicommissa mortis causa* as *inter vivos* geregistreer mag word nie[21] maar hul houding is trouens dat registrasie behoorlik en volledig behoort te geskied.[22]

15 1964 2 SA 486 (A).

16 Sien in dié verband ook *Wasserman v Sackstein* 1980 2 SA 536 (O) en Cronjé se bespreking van die saak in 1981 *THRHR* 85 – 88.

17 1975 4 SA 636 (T).

18 Vgl Jones *op cit* 218.

19 Dit kan natuurlik met verwysing na talle voorbeelde in die registers bevestig word.

20 So wou r Gane in *e p Zunckel* 1937 NPD 295 298 nie die *"practice of generations" "upset"* deur te beslis dat 'n voorkoopsreg nie registreerbaar is nie.

21 Vgl o m *Mare v Grobler* 1930 TPD 632; *BSA Co v Bulawayo Municipality* 1919 AD 84.

22 Vgl bv die *dictum* van hr De Villiers in *Lange v Liesching* 1880 Foord 55 58 – 59 (sien hieronder). Sien ook *Mare v Grobler* 1930 TPD 632.

'n Derde moontlikheid kan gesoek word in artikel 39 van die Boedelwet.[23] Beinart[24] meen dat die betrokke bepalings, naamlik dat die eksekuteur onroerende goed onderworpe aan enige regte en voorwaardes wat die goed raak aan erfgename moet oordra, magtiging vir registrasie van *fideicommissa* inhou. Dié beskouing is om twee redes nie aanvaarbaar nie. Die plig van die eksekuteur om aldus oor te dra, is behoudens artikels 39(2) en 39(3) van die Boedelwet *en* behoudens die bepalings van die Akteswet.[25] Eerstens, wat die Boedelwet betref, is slegs artikel 39(2) hier ter sake. Dit maak voorsiening vir die registrasie van 'n reg van vruggebruik of 'n ander soortgelyke beperkte reg op onroerende goed. Vruggebruik is 'n saaklike reg. Dus dui "soortgelyke beperkte reg" myns insiens daarop dat slegs saaklike regte ter sprake is. Die fideikommis is egter volgens die *Van der Merwe*-beslissing nie 'n saaklike reg nie.[26] Tweedens bly die bepalings van die Akteswet (en dus ook artikel 63 wat die registrasie van persoonlike regte verbied) volgens die voorbehoud steeds van toepassing. Daarmee land ons op dieselfde plek!

'n Vierde moontlike "ander magtigingsgrond" is die beskouing dat *fideicommissa* behoort tot die klas regte bekend as *jura in personam ad rem acquirendam*. Daarvolgens sou dan geredeneer kon word dat aangesien *Registrar of Deeds v The Ferreira Deep Limited*[27] en *Ex parte Zunckel*[28] die indruk skep dat *jura in personam ad rem acquirendam* 'n klas registreerbare regte is, die fideikommis ook registreerbaar behoort te wees. Myns insiens is dit egter nie aanvaarbaar dat daar 'n aparte klas regte tussen persoonlike regte en saaklike regte bestaan waarvan registrasie op dié grond gemagtig is nie.[29]

'n Laaste moontlikheid wat ter oorweging genoem word, is die een wat waarskynlik die meeste om die lyf het. Dit is dat die Akteswet self indirek erkenning daaraan verleen dat *fideicommissa* geregistreer mag word.[30] Dié indirekte erkenning is egter myns insiens nog nie voldoende magtiging om *fideicommissa* in weerwil van artikel 63 van die Akteswet te registreer nie.

Dus, registrasie van *fideicommissa* gaan ongehinderd voort ten spyte daarvan dat die *fideicommissarius* se reg volgens die *Van der Merwe*-saak 'n persoonlike reg is en dat daar nie voldoende ander regsgronde bestaan wat registrasie magtig nie. Meer nog, in die geval van *fideicommissa mortis causa* word registrasie nie slegs *toegelaat* nie. Die registrateur dring daarop aan dat die bepalings van 'n testament wat volgens sy oordeel 'n fideikommis uitmaak in die erfgenaam se transportakte ingelyf word. Die ervaring het selfs geleer dat daar soms aangedring word op die inlywing van bepalings wat nie regstreeks op die

23 66 van 1965.
24 "Fideicommissum and modus" 1968 *Acta Juridica* 207 – 208.
25 Vgl a 39(1) Wet 66 van 1965.
26 Sien hierbo.
27 1930 AD 169.
28 1937 NPD 295.
29 Sien hieroor Laurens *op cit* 114.
30 *Vide* a 30 en 69*bis* wat hieronder bespreek word.

betrokke onroerende goed van toepassing is nie. In so 'n geval moet die registrateur op grond van hofbeslissings[31] tot weglating oortuig word.[32]

Ek moet egter konstateer dat die registrasie van *fideicommissa mortis causa* na my mening 'n nuttige instelling is en dat ek nie beswaar teen die voortsetting daarvan het nie, veral met die oog op wat hieronder volg.

As 'n keuse gemaak moet word of mens die *fideicommissarius* se reg 'n persoonlike reg of 'n saaklike reg wil noem, weeg die faktore ten gunste van (voorwaardelike) saaklikheid myns insiens die swaarste vir sover die fideikommis *mortis causa* ter sprake is. Soos egter hieronder sal blyk, is en bly die fideikommis *inter vivos* myns insiens 'n persoonlike reg, selfs al sou dit geregistreer word.

Alvorens die faktore ten gunste van saaklikheid bespreek word, moet twee aspekte beklemtoon word. Die eerste is dat mens by beide tipes *fideicommissa* steeds in gedagte moet hou dat die *fideicommissarius* se reg 'n voorwaardelike reg is. Dit is afhanklik van die aanbreek van die tydstip of die plaasvind of nie plaasvind nie van die gebeurtenis wat deur die erflater of *fideicommittens* vir die oopval van die fideikommis gestipuleer is.

Om dié rede word daar soms na die *fideicommissarius* se reg verwys as 'n verwagting (*spes*).[33] 'n Fideikommis *mortis causa* verval gewoonlik as die *fideicommissarius* sterf voordat die fideikommis oopval.[34] In dié opsig is die reg van die *fideicommissarius mortis causa* nie 'n volwaardige *jus in personam ad rem acquirendam* nie. Dit vererf nie op sy erfgename soos gewoonlik die geval met ander vorderingsregte is nie. Die reg van 'n *fideicommissarius inter vivos* vererf egter wel gewoonlik op sy erfgename.[35]

Die tweede aspek is dat die *fideicommissarius mortis causa* se reg ook in 'n ander opsig nie 'n gewone *jus ad rem acquirendam* is nie. By 'n *jus ad rem acquirendam* vorder die reghebbende mettertyd lewering van die eiendomsreg op (of 'n ander saaklike reg in) die betrokke onroerende goed. In die geval van 'n fideikommis *mortis causa* gaan eiendomsreg van die betrokke onroerende goed egter by die oopval van die fideikommis outomaties (sonder meer) op die *fideicommissarius* oor. Hoogstens vorder die *fideicommissarius* by die oopval

31 Soos *e p Van Vuuren* 1947 2 SA 1142 (T); *e p Gitelson* 1949 2 SA 881 (O). Vgl ook Jones *op cit* 219.

32 Die proses begin natuurlik reeds vroeër by die toekenning wat die eksekuteur met goedkeuring van die meester in die likwidasie- en distribusierekening maak. Beide aanvaar normaalweg dat die toekenning onderhewig aan enige tersaaklike fideikommis moet geskied. Die registrateur besluit egter self of die vertolking van die testament volgens sy mening korrek is en as die akte nie onderhewig gemaak word aan 'n fideikommis wat op aandrang van die registrateur wel ingelyf behoort te word nie, sal hy nie registrasie sonder 'n hofbevel toelaat nie.

33 Vgl Van der Merwe en Rowland *op cit* 310 e v; Beinart *op cit* 205 – 206. Sien egter Van der Merwe "Spes Fideicommissi of Ius in Personam?" 1965 *THRHR* 138 e v. Vgl ook *Wasserman v Sackstein* 1980 2 SA 536 (O) en Cronjé se bespreking van die saak in 1981 *THRHR* 85 – 88.

34 Voet 36 1 67; Hahlo en Kahn *South Africa: The Development of its Laws and Constitution* (1960) 635; Wille "Real Rights in Land" 1932 *SALJ* 36; Van der Merwe en Rowland *op cit* 316 – 317.

35 Voet 36 1 67; *BSA Co v Bulawayo Municipality* 1919 AD 84 95; Beinart *op cit* 202 – 203.

van die fideikommis oorgawe van besit of registrasie van transport in sy naam van onroerende goed waarvan hy reeds buite die registers om eienaar geword het. Daarvoor gebruik hy sy *rei vindicatio* as eienaar.[36]

'n Belangrike rede, uit 'n pragmatiese oogpunt, waarom die *fideicommissarius mortis causa* se reg eerder saaklik as persoonlik genoem kan word, is die feit dat die Akteswet bepalings bevat wat 'n geregistreerde fideikommis vir praktiese doeleindes gelykstel aan 'n geregistreerde verbod op vervreemding.[37] Die gevolg is dat 'n *fiduciarius* nie sonder die *fideicommissarius* se toestemming registrasiehandelinge ten opsigte van die betrokke onroerende goed kan verrig nie.[38]

'n Verdere rede is dat die reg van die *fideicommissarius* in verskeie omstandighede eerbiedig en bewaar word ten spyte daarvan dat dit slegs 'n voorwaardelike reg is of, soos sommige dit wil hê, 'n *spes*. Dit is reeds duidelik dat die *fiduciarius,* behalwe in uitsonderlike omstandighede,[39] nie geregtig is om die fideikommissêre vermoë te vervreem nie. Hy kan egter wel sy fidusiêre belang, dit wil sê sy eiendomsreg, beperk deur die verpligting om die fideikommisêre vermoë aan die *fideicommissarius* uit te keer, verhuur, verkoop of met verband beswaar.[40] Intussen moet hy die fidusiêre vermoë soos 'n goeie huisvader bewaar.[41] Selfs in geval van beslaglegging of insolvensie bly die *fideicommissarius* se reg behoue. Slegs die fidusiêre belang word in eksekusie verkoop[42] of vorm deel van die *fiduciarius* se insolvente boedel tensy die erflater uitdruklik anders bepaal het.[43] Die hof sal 'n dreigende vervreemding van die fideikommissêre goed belet selfs al het die fideikommis nog nie oopgeval nie.[44] Om laasgenoemde rede verklaar Wille :

> "If the fideicommissum is registered against immovable property . . . the fideicommissary undoubtedly obtains a real right."[45]

36 Sien verder hieronder.

37 Vgl Laurens *op cit* 121 2. Dit geld natuurlik ook vir die *fc inter vivos* maar lg is in beginsel 'n persoonlike reg, soos hieronder sal blyk.

38 Volgens a 30 van die Akteswet is die samewerking van die *fideicommissarius* nodig vir onderverdeling. A 69*bis* van die Akteswet bepaal dat die "eiendomsregeienaar" (hiermee word skynbaar die *fiduciarius* bedoel) en die *fideicommissarius* gesamentlik die "eiendom" kan vervreem of verbind. Die uitsonderlike gevalle waar die *fiduciarius* wel sonder die *fideicommissarius* se toestemming kan vervreem, bv wanneer die bepalings van die *fc* dit magtig, of in die geval van 'n *fc residui* in sekere omstandighede, word hier buite rekening gelaat. Sien daaroor verder Van der Merwe en Rowland *op cit* 300 e v; Unisa Studiegidse: Privaatreg IV gids 1 32 e v.

39 Vgl Van der Merwe en Rowland *op cit* 298 e v.

40 Vgl *Van der Walt v Registrar of Deeds* 1935 CPD 463 466; *e p Wessels* 1949 2 SA 99 (O) 104.

41 *Swart v Van der Vyver* 1970 1 SA 633 (A) 640.

42 Kyk *Fick v Murray* 1917 TPD 226.

43 *Van der Vyver v Est Van der Vyver* 1932 CPD 45; *Johnstone v Johnstone* 1935 NPD 265; Mars *The Law of Insolvency* (1980) 183; Joubert "Die Ontwikkeling van die Fideicommissum in Suid-Afrika" 1960 *Acta Juridica* 62.

44 Vgl o a *Mare v Grobler* 1930 TPD 632; *Van Rensburg v Registrar of Deeds* 1924 CPD 508; *Van Heerden v Van Vuuren* 1924 TPD 222; *e p Van Staden* 1923 OPD 19; *Fick v Murray* 1917 TPD 226.

45 Wille *op cit* 36.

Beinart het dieselfde mening:

> "When, in addition, registration is in many cases not only expressly authorised, but also directed and ordered, by legislation . . .[46] the conclusion becomes inevitable that fideicommissary rights against immovable property have become established as recognised real rights to which registration can give the guinea stamp."[47]

Beide skrywers aanvaar ook dat dieselfde vir *fideicommissa inter vivos* geld.[48] Nadaraja se kommentaar oor laasgenoemde standpunt in verband met die *fideicommissum inter vivos* is:

> "That statement that a fideicommissum inter vivos duly registered creates a real right in the fideicommissary's favour is unexceptionable, except to the extent to which it suggests that in the absence of registration, a real right is not conferred on the fideicommissary."[49]

'n Rede wat aansluit by die beskerming wat die howe aan *fideicommissa* verleen, is die feit dat regsgeleerdes sowel as leke in die algemeen *fideicommissa* bejeën asof hulle saaklike regte is, met ander woorde die publiek verleen aan *fideicommissa* as't ware die regskrag wat saaklike regte normaalweg het.

Die laaste en belangrikste rede waarom mens die *fideicommissarius mortis causa* se reg eerder saaklik as persoonlik kan noem, is die feit dat daar by die oopval van die fideikommis outomatiese eiendomsoorgang na die *fideicommissarius* plaasvind. Dié aangeleentheid en die wyse waarop 'n fideikommis *inter vivos* in dié opsig verskil, word vervolgens verder ondersoek.

In die voor-Justiniaanse reg het 'n *fideicommissarius* nie eiendomsreg van die fideikommissêre goed verkry voordat die fideikommis oopgeval het nie. Nadat Justinianus egter bepaal het dat daar geen verskil tussen die verskillende soorte legate en tussen legate en *fideicommissa* is nie, het eiendomsreg op 'n fideikommissêre saak selfs sonder enige uitdruklike restitusie van 'n *fiduciarius* af op 'n *fideicommissarius* oorgegaan op die tydstip wat vir die oorgawe bepaal is.[50]

So is die reg tans ook by ons: oorgang van eiendomsreg op onroerende goed vind outomaties plaas op die tydstip wat deur die testateur vir die oopval

46 Beinart verwys hier na sy gevolgtrekking dat o a die Boedelwet registrasie van *fideicommissa* magtig – sien hierbo.

47 Beinart *op cit* 210.

48 Wille *op cit* 36 met verwysing na Voet 36 1 9; Beinart *op cit* 210–211.

49 Nadaraja *The Roman-Dutch Law of Fideicommissa* (1949) 172. Sien hieronder my standpunt dat 'n *fc inter vivos* 'n persoonlike reg bly, selfs al word dit geregistreer.

50 Nadaraja *op cit* 143. Vgl ook Beinart *op cit* 171–172.

van die fideikommis bepaal is.[51] Van daardie tydstip af is die *fideicommissarius* geregtig op die gebruik en genot van die betrokke goed, en kan hy dit met sy *rei vindicatio*[52] opvorder van die *fiduciarius* of enige ander besitter.[53] 'n Huurkontrak ten opsigte van onroerende goed wat onderhewig aan 'n fideikommis verleen is, eindig dus wanneer die *fideicommissarius* aldus eienaar word.[54] Die huurder bly egter aan die kontrak gebonde totdat die nuwe eienaar verlang dat hy ontruim.[55] By 'n eiendomsoorgang soos voormeld dui die registers derhalwe nie die ware eienaar aan nie.[56]

Daar is twee moontlikhede vir die oopval van die fideikommis. Die eerste is in die geval van die uitdruklike fideikommis, waar die erflater 'n tydstip of voorwaarde aandui, by die aanbreek of vervulling waarvan die *fideicommissarius* geregtig word op die fideikommisêre goed. So 'n fideikommis hou 'n stilswyende vervreemdingsverbod teen die *fiduciarius* in.[57] Die tweede is in die geval waar die testateur die *fiduciarius* uitdruklik verbied om die goed te vervreem. Dit gee aanleiding tot 'n stilswyende fideikommis tensy geen begunstigde aan wie die goed toeval as die verbod verbreek word, aangedui is nie. In sodanige geval word die verbod as *pro non scripto* beskou.[58] In die geval van 'n fideikommis wat nie uitdruklik is nie, maar afgelei word uit 'n verbod op ver-

51 *Eksteen v Pienaar* 1969 1 SA 17 (O) 19; *BSA Co v Bulawayo Municipality* 1919 AD 84 95; Hahlo en Kahn *op cit* 638; Wille *op cit* 36; Lee *An Introduction to Roman-Dutch Law* (1953) 380 – 381; Nadaraja *op cit* 143; *contra* Van der Merwe en Rowland *op cit* 315 en Joubert *op cit* volgens wie die *fideicommissarius* by die dood van die *fiduciarius* nie outomaties eiendomsreg verkry nie. Hulle voer *Greenberg v Est Greenberg* 1955 3 SA 361 (A) as gesag vir dié standpunt aan. Hulle standpunt word egter bestry (vgl Unisa Studiegidse: Privaatreg IV gids 1 44) op grond daarvan dat die *fideicommissarius* die erfenis uit die erflater se boedel ontvang, en nie uit die *fiduciarius* se boedel nie. Sien in dié verband ook Joubert "Die Fideikommis, die Trust en die Stigting" 1952 *THRHR* 187 e v. Bereddering van die *fiduciarius* se boedel geskied op die basis dat die fideikommissêre goed as sodanig nie deel daarvan uitmaak nie (sien hieroor Bouwer *Die Beredderingsproses van Bestorwe Boedels* (1978) 245 – 246 en vgl ook die *Eksteen*-saak 21). Dit lyk vir my na die korrekte benadering. Hoewel die oorgang van die fidusiêre goed uit die boedel van die *fiduciarius* plaasvind (vgl *Van den Berg v Registrateur van Aktes* 1974 4 SA 619 (T)), is *Greenberg* m i nie van toepassing nie omdat die *fideicommissarius* nie die erfgenaam van die *fiduciarius* is nie.

52 Voet 6 1 6, 6 1 18, 36 1 64.

53 Nadaraja *op cit* 143 146; Wille *op cit* 36; *Eksteen v Pienaar* 1969 1 SA 17 (O) 19.

54 *Eksteen v Pienaar* 1969 1 SA 17 (O) 19.

55 *ibid.*

56 Regter Smit se opmerking in die *Eksteen*-saak 20 is in dié verband ietwat verwarrend: "Although the *dominium* is still registered in the name of the deceased fiduciary with the result that it is her executor who has to pass transfer to the fideicommissaries, the ownership in the property is acquired by the latter at the death of the deceased." Hy gebruik die woord *dominium* blykbaar in teenstelling met *ownership* as 'n aanduiding van *geregistreerde eienaar* teenoor *ware eienaar*. Hy is egter daaroor duidelik dat oorgang van eiendomsreg na die *fideicommissarius* wanneer die fideikommis oopval 'n uitsondering op die reël is dat oorgang deur registrasie plaasvind (*ibid*).

57 'n Uitdruklike vervreemdingsverbod kan natuurlik ook bygevoeg wees.

58 Vgl Nadaraja *op cit* 98 – 99. Daar het in dié verband na my mening heelwat verwarring ontstaan deurdat 'n fideikommis *inter vivos* gekonstrueer is uit 'n vervreemdingsverbod wat deur die verkoper opgelê word wanneer hy oordrag van onroerende goed gee. Sien hieronder.

vreemding, val die fideikommis oop as daar 'n vrywillige verbreking van die verbod plaasvind.[59] Die effek van so 'n verbreking is om die *fiduciarius* onmiddellik sy eiendomsreg te ontneem en dit in die *fideicommissarius* te vestig. Die persoon aan wie vervreem word, verkry nie eiendomsreg nie. Die *fideicommissarius* kan dadelik sy *rei vindicatio* uitoefen en hoef nie te wag totdat die tydstip aanbreek of gebeurtenis plaasvind waarop die fideikommis andersins sou oopval nie.[60] In hierdie opsig verskil 'n fideikommis wat uit 'n uitdruklike verbod op vervreemding afgelei is van 'n uitdruklike fideikommis (wat 'n stilswyende verbod op vervreemding inhou). In die laasgenoemde geval vestig die *fideicommissarius* se reg nie voordat die tydstip of voorwaarde wat deur die testateur vir die oopval van die fideikommis bepaal is, aanbreek of vervul word nie. In die geval van die uitdruklike fideikommis kan die *fideikommissarius* dus nie die goed opeis sodra die *fiduciarius* dit vervreem nie.[61] Die vervreemding bly geldig tot by die oopval van die fideikommis, en dan eers kan die *fideicommissarius* sy *rei vindicatio* uitoefen.[62] Die verjaringstermyn met betrekking tot fideikommisêre goed word nie teen 'n *fideicommissarius* voltooi voordat 'n tydperk van drie jaar na die dag waarop die reg van die *fideicommissarius* op die betrokke goed op hom oorgegaan het, verstryk het nie.[63]

Twee belangrike vrae moet nou beantwoord word om die volle implikasie van die voorgaande vir ons aktesregistrasiestelsel duidelik te maak. Die eerste is of die outomatiese eiendomsoorgang slegs plaasvind as die fideikommis teen die betrokke onroerende goed geregistreer is. Die tweede is of die outomatiese eiendomsoorgang slegs in die geval van 'n fideikommis *mortis causa* plaasvind en nie in die geval van 'n fideikommis *inter vivos* nie. Dit kan gebeur dat die registrasie van *fideicommissa* (dit geld vir beide tipes) agterweë gelaat word, of dat grond per abuis sonder die *fideicommissarius* se toestemming strydig met 'n geregistreerde fideikommis weggetransporteer word.[64] Word die *fideicommissarius* in sodanige geval steeds eienaar as die fideikommis oopval? Beinart verkies die standpunt dat 'n ongeregistreerde fideikommis (hetsy *mortis causa,* hetsy *inter vivos*) slegs 'n *jus in personam* aan die *fideicommissarius* verleen. Daarmee bedoel hy vermoedelik dat die fideikommissêre goed nie van *bona fide*-derdes aan wie dit strydig met die fideikommis getransporteer is, verhaal kan word as die fideikommis oopval nie.[65] Hy sê egter dat vroeë regsgeleerdes van mening was dat indien goed wat aan 'n fideikommis *mortis causa* onderhe-

59 Nadaraja *op cit* 145. Tensy daar uitdruklik anders bepaal is, is 'n verpligte verkoping soos 'n eksekusieverkoping teen die *fiduciarius,* of 'n verkoping uit hoofde van sy insolvensie, nie 'n verbreking van die verbod nie (*ibid* 162 noot 67). Sien ook *Progress Shippers v Van Staden* 1963 1 SA 87 (T).

60 Sande *Alienation* 3 4 8, 3 4 11, 3 6 1; Nadaraja *op cit* 145 163; Beinart *op cit* 205; Steyn *The Law of Wills in South Africa* (1948) 371 e v; Van der Merwe *op cit* 138.

61 Die komplikasies wat kan ontstaan waar 'n uitdruklike vervreemdingsverbod gekoppel is met 'n uitdruklike fideikommis word nie hier verder ondersoek nie.

62 Voet 6 1 6, 6 1 18, 36 1 62; Sande 3 4 12; Nadaraja *op cit* 145; Steyn *op cit* 371 e v.

63 Wet 68 van 1969 a 3(2).

64 of ook verbind word soos in *Progress Shippers v Van Staden* 1963 1 SA 87 (T).

65 *op cit* 213.

wig is, deur die *fiduciarius* vervreem word, sodanige goed steeds aan die fideikommis onderhewig bly afgesien daarvan of die persoon aan wie die goed vervreem is, van die fideikommis geweet het of nie.[66] Blykbaar het sommige gemeen dat registrasie van 'n fideikommis *inter vivos* 'n saaklike reg ten opsigte van onroerende goed verleen het.[67] Verder dui sekere vroeë beslissings volgens Beinart aan dat 'n saaklike reg in die geval van 'n fideikommis *mortis causa* geskep is ten spyte van nie-registrasie.[68] Die beslissings is volgens hom gebaseer op die beskouing dat erfopvolging by dood onmiddellik saaklike regte verleen sonder die noodsaaklikheid van registrasie.[69] Hoewel hy nie heeltemal met die twyfel wat oor dié beskouing uitgespreek is, saamstem nie, verklaar hy nogtans:

> "It must, however, be conceded that the present system of registration and the emphasis on and opportunity outlined above for registering the provisions of a will against immovable property make it undesirable, if not impossible, for a future interest which often is of a contingent nature, and of which it is not possible for third parties to have other patent evidence, to have the effect of a real right."[70]

Beinart wys verder daarop dat daarteenoor vroeë beslissings bestaan waarvolgens fideikommissêre goed wat aan 'n *bona fide*-koper vervreem is, nie verhaal kan word[71] as die fideikommis nie teen die betrokke onroerende goed geregistreer is nie.[72] Wille[73] aanvaar blykbaar dat registrasie vir beide tipes fideikommis noodsaaklik is. Volgens Lee[74] kan nie sonder twyfel gekonstateer word dat fideikommissêre goed nie van 'n persoon wat dit te goeder trou van die *fiduciarius* gekoop het, verhaal kan word nie. Hy meen egter dat die howe nie geneë sal wees om met die titel van 'n *bona fide*-koper, dit wil sê 'n koper wat onbewus van die fideikommis (vermoedelik omdat dit nie geregistreer was nie) transport ontvang het, in te meng nie. Lee onderskei in die verband nie tussen die twee tipes fideikommis nie. Van der Merwe[75] steun die standpunt dat registrasie noodsaaklik is en onderskei daarby ook nie tussen die twee tipes nie. Volgens Nadaraja[76] kan die *fideicommissarius* sowel in die geval van 'n fideikommis

66 *op cit* 172 – 173 met verwysing na Fischer "De Publikatie van Fideicommissen" 1953 *THRHR* 164.

67 *ibid* met verwysing na Van der Keessel *ad Grot* 2 47 4; Voet 18 1 15, 36 1 9.

68 *op cit* 211 met verwysing na *Lange v Liesching* 1880 Foord 55; *Booysen v Colonial Orphan Chamber* 1880 Foord 48 51; *Neethling v Lutgens* (1832) 2 Buch 312; *Lange v Scheepers* (1878) 2 Buch 92.

69 *ibid.*

70 *op cit* 212.

71 *op cit* 213 met verwysing na *Lange v Scheepers* (1878) 2 Buch 92; *Lange v Liesching* 1880 Foord 55; *Booysen v Colonial Orphan Chamber* 1880 Foord 48.

72 *ibid* met verwysing na *Lange v Liesching* 1880 Foord 55 58. Hy noem hier ook *Progress Shippers v Van Staden* 1963 1 SA 87 (T), 'n geval waar 'n geregistreerde *fc* per abuis geïgnoreer is toe registrasie van 'n verband toegelaat is. *In casu* is bevind dat 'n *bona fide*-verbandnemer geregtig was om te aanvaar dat die fideikommissêre beperking oorkom is.

73 *op cit* 36.

74 *op cit* 430 met verwysing na 'n aanhaling uit *Michelsen v Aaronson* 1914 TPD 158 167. Lee steun ook in dié verband op *Lange v Liesching* 1880 Foord 55 59 (*op cit* 382 voetnoot 2).

75 *Sakereg* (1979) 249.

76 *op cit* 143 145 172 e v.

*mortis causa* as in die geval van 'n fideikommis *inter vivos* vindiseer sodra die fideikommis oopval, ongeag of registrasie plaasgevind het al dan nie. Hy verklaar egter dat sowel die *fiduciarius* as die *fideicommissarius* se titel volgens die Suid-Afrikaanse praktyk onvolledig en onveilig bly totdat dit geregistreer is[77] en dat die stelling dat registrasie onnodig is om aan die *fideicommissarius* 'n saaklike reg te verleen akademies is vir sover dit op die Suid-Afrikaanse praktyk betrekking het.[78] Hoewel hy dit nie sê nie, lyk dit of hy *estoppel* aandui as die basis waarvolgens die *bona fide*-koper bo die *fideicommissarius* wat versuim om sy reg te laat registreer, verkies moet word.[79]

Aanvanklik was dit die reël dat 'n fideikommis *mortis causa* oor onroerende goed sonder publikasie teen derdes geld.[80] Dit kan waarskynlik beskou word as 'n uitvloeisel van die resepsie van die Romeinse reg met betrekking tot die oorgang van eiendomsreg op onroerende goed. Die Germaanse reg het die openbaarheid van elke tipe eiendomsoorgang geken. Op die Romeinse oorgangsleer, wat sodanige openbaarheid nie geken het nie, het 'n uitsondering egter slegs in dié gevalle plaasgevind waar die reg uitdruklik inskrywing eis.[81] 'n Plakkaat van 30 Julie 1624[82] het inderdaad beoog om testamentêre *fideicommissa* ten opsigte van onroerende goed kragteloos te maak tensy hulle geregistreer was.[83] Toe die plakkaat egter in onbruik verval,[84] herleef die reël dat elke testamentêre fideikommis betreffende onroerende goed saaklike werking het selfs al was dit nie deur middel van registrasie of op 'n ander wyse vir derdes kenbaar gemaak nie.[85] Die gemeenregtelike gesag vir die gevolgtrekking is afdoende.[86]

Maar ook in ons regspraak is daar steun daarvoor.[87] Die beslissing wat die meeste as gesag aangevoer word vir die standpunt dat 'n ongeregistreerde fideikommis nie saaklike werking teenoor almal het nie,[88] is *Lange v Liesching*.[89] In dié saak het die kurator van die insolvente boedel van die eienaar van grond die grond per veiling (*sub hasta*)[90] verkoop. Die grond was

77 *op cit* 175.

78 *op cit* 176.

79 *op cit* 177 o a met verwysing na *Lange v Liesching* 1880 Foord 55 58 – 59 waar die *fc* nie geregistreer was nie en *Mare v Grobler* 1930 TPD 632 waar dit onvolledig geregistreer was.

80 Fischer *op cit* (1953) 164 e v, (1954) 46.

81 Sien hieroor Laurens *op cit* 84 e v.

82 1 *GPB* 339 340.

83 Die redes daarvoor blyk duidelik uit die aanhef van die plakkaat. Vgl ook Fischer *op cit* (1954) 46.

84 Voet 36 1 12; Beinart *op cit* 173; Nadaraja *op cit* 172; *BSA Co v Bulawayo Municipality* 1919 AD 84 96 – 97.

85 Vgl Fischer *op cit* (1954) 46 – 47.

86 Nadaraja se ooreenstemmende standpunt is ook myns insiens oortuigend gemotiveer.

87 Vgl *Neethling v Lutgens* (1832) 2 Buch 312 315 (waarin 'n beroep op Van Leeuwen *Cens For* 4 9 12 en Van der Keessel *Th* 319 gedoen word). In *Eksteen v Pienaar* 1969 1 SA 17 (O) waarin die beginsel van outomatiese eiendomsoorgang bevestig is, word nie aangedui dat die beginsel slegs van toepassing is as die fideikommis geregistreer is nie. Sien ook Fischer *op cit* (1954) 72.

88 Sien hierbo.

89 1880 Foord 55.

90 Sien hieronder.

onderhewig aan 'n ongeregistreerde fideikommis. Hoewel hulle van die beoogde verkoping kennis gehad het, het die *fideicommissarii* nie teen die verkoping beswaar aangeteken nie. Na die verkoping stel hulle aksie in om die transport aan die koper tersyde te stel. In sy uitspraak verklaar hoofregter De Villiers:[91]

> "It would have been quite competent to the plaintiffs to have their title to a fidei commissary interest in the farm recorded in the Deeds Registry Office . . . Having neglected to adopt this obvious course for fixing any purchaser with notice of their rights, they cannot complain . . . Considering the large powers vested by our law in executors, the judicial nature of the act of transfer, and the facilities afforded to fidei commissaries to have their limited interests in land recorded in the Deeds Registry Office, I incline to the opinion that an absolute transfer to a *bonâ fide* purchaser from the executors, or from the transferee of the executors, ought to debar any legatee or fidei commissary heir of the deceased from thereafter claiming the property thus transferred as his own. But the case may be decided upon another ground . . ."

Die aanhaling is slegs *obiter*. Die *"(other) ground"* verwys daarna dat die saak teen die *fideicommissarii* uitgewys is op die grondslag dat 'n *sub hasta*-verkoping[92] nie teen 'n *bona fide*-koper tersyde gestel behoort te word nie. Dié bevinding is aanvaarbaar. As selfs die eiendomsreg van 'n eienaar wie se goed verkeerdelik in eksekusie verkoop word teenoor 'n *bona fide*-koper in die slag kan bly,[93] kan dit *a fortiori* ook met die reg van die *fideicommissarius* gebeur, soos inderdaad in *Lange v Liesching* die geval was.[94] Natuurlik moet mens nie uit die oog verloor nie dat dit by 'n *sub hasta*-verkoping steeds gaan om die beskerming van 'n *bona fide*-koper. Daarmee word hoofsaaklik bedoel 'n koper wat nie van die bestaan van die wettige eis van die *fideicommissarius* geweet het nie (net soos die koper ook in die *Sookdeyi*-saak nie van die bestaan van die wettige eis van die (ware) eienaar geweet het nie). Dit kan dus ook gebeur dat 'n *fideicommissarius* sy reg verloor selfs waar die fideikommis geregistreer is.[95] Mens sou egter verwag dat dit slegs in uitsonderlike omstandighede sal gebeur dat 'n koper ten opsigte van 'n geregistreerde fideikommis *bona fide* is (dieselfde kan trouens ook met betrekking tot die eienaar se eiendomsreg gesê word). Per slot van rekening word die kennisgewingfunksie van die registers nie deur

91 58 – 59.

92 Vgl in dié verband *Sookdeyi v Sahadeo* 1952 4 SA 568 (A) en sien verder daaroor Laurens *op cit* 248.

93 Vgl die *Sookdeyi*-saak.

94 Mens kan dit ook só sien dat as die eienaar se eiendomsreg deur 'n *sub hasta*-verkoping tot niet kan gaan, dit ook kan gebeur met die regte van die *fiduciarius* en die *fideicommissarius* wat saam gelykstaande is aan volle eiendomsreg.

95 Vgl bv die resultaat in *Progress Shippers v Van Staden* 1963 1 SA 87 (T). In dié saak is registrasie van 'n verband per abuis sonder die toestemming van die geregistreerde *fideicommissarius* toegelaat. Daarna is daar op aandrang van die verbandhouer op die grond beslag gelê en is die grond in eksekusie verkoop. Die hof se standpunt is dat 'n *bona fide*-koper wat sien dat daar 'n verband oor die grond geregistreer is ten spyte van die geregistreerde *fc*, geregtig is om te aanvaar dat *omnia rite esse acta*, m a w dat die beperking in die transportakte (die geregistreerde *fc*) wettiglik oorkom is (89). Die hof staan gevolglik die koper se aansoek om 'n bevel vir oordrag van die grond vry van die *fc* toe.

'n eksekusieverkoping opgehef nie. Daarby word daar gewoonlik by eksekusieverkopings afgekondig dat grond onderhewig aan alle geregistreerde voorwaardes en serwitute verkoop word.[96]

Wat dus in verband met *Lange v Liesching* en soortgelyke beslissings nie uit die oog verloor moet word nie, is dat hulle in eerste instansie betrekking het op die *sub hasta*-beginsel. As die verwarring vermy word wat ontstaan deurdat dié aspek nie behoorlik ingesien word nie, is dit duidelik dat ons regspraak nie die gevolgtrekking onder bespreking weerspreek nie.[97]

Die hierbo aangehaalde *obiter dictum* van hoofregter De Villiers in *Lange v Liesching* het egter wel nut as 'n aanduiding dat die rol van estoppel in die hele aangeleentheid ook nie uit die oog verloor moet word nie. Ek kom hieronder daarop terug.

Tereg wys Fischer daarop, nadat hy verwys het na die standpunte van verskeie skrywers[98] dat registrasie vir saaklike werking nodig is, dat indien dít wel geldende Suid-Afrikaanse reg is, daar ten aansien van testamentêre *fideicommissa* oor onroerende goed sterk afgewyk word van die oud-Hollandse stelsel dat ongeregistreerde *fideicommissa* saaklike werking teenoor almal het.[99] Myns insiens is so 'n afwyking nie geldende Suid-Afrikaanse reg nie, en vind outomatiese eiendomsoorgang in die geval van die fideikommis *mortis causa* plaas sodra die fideikommis oopval (op enige van die twee wyses wat hierbo genoem is) ongeag of die fideikommis geregistreer is of nie. Om die rede meen ek dat dit sinvol is om die *fideicommissarius mortis causa* se reg 'n voorwaardelike saaklike reg te noem.

Hoewel die *fideicommissarius mortis causa ipso facto* eienaar word as die fideikommis oopval, kan hy egter deur estoppel verhinder word om sy reg af te dwing. Dit sal die geval wees as 'n derde deur sy skuld mislei word om van die betrokke onroerende goed oordrag te neem onder die waan dat die *fiduciarius* geregtig is om die goed te vervreem. Dit is veral 'n moontlikheid as die *fideicommissarius* nalatiglik versuim om die fideikommis te laat registreer, maar dit kan ook gebeur waar die *fideicommissarius* op die een of ander wyse so 'n wanindruk met betrekking tot 'n geregistreerde fideikommis skep. Die ge-

96 *Van Rensburg v Registrar of Deeds* 1924 CPD 508 is juis 'n geval waar dié beginsel gedemonstreer word. Daar word op grond wat onderhewig is aan 'n geregistreerde *fc* beslag gelê en die grond word in eksekusie aan 'n buitestaander verkoop. Daarop word 'n interdik op aansoek van die *fideicommissarius* toegestaan dat transport aan die koper verbied word tensy die geregistreerde *fc* in die transportakte aan hom ingelyf word. Die argument dat die applikant sy reg verloor omdat hy by die verkoping teenwoordig was en nie beswaar gemaak het nie, word verwerp. Die rede vir die verwerping is dat by die verkoping aangekondig is dat die grond verkoop word onderhewig aan "all servitudes and conditions specified in the deed of transfer" (510).

97 Vgl weer *Neethling v Lutgens* en *Eksteen v Pienaar* (hierbo) sowel as *Lange v Scheepers* (1878) 2 Buch 92. Ek kan om die voorgaande redes nie saamstem nie met Joubert (1960) *op cit* 60 se standpunt (wat op *Lange v Liesching* en *Lange v Scheepers* gebaseer is) dat dit aan die einde van die 19de eeu reeds erkende reg in Suid-Afrika was dat ". . . fideicommissa ten aansien van grond alleen bindend teenoor derde partye sou wees indien hul geregistreer is . . ."

98 Bv Morice *English and Roman-Dutch Law* (1905) 312–322; Lee *op cit* 382.

99 *op cit* (1954) 75–76.

volgtrekking maak dan ook daarvoor voorsiening dat die *fideicommissarius* se reg beskerm word in dié gevalle waar hy self geen skuld (vir die doeleindes van estoppel) aan die misleiding het nie. 'n Voorbeeld van so 'n moontlikheid is waar die registrateur per abuis sou toelaat dat grond strydig met 'n geregistreerde fideikommis sonder die *fideicommissarius* se toestemming weggetransporteer word. Mens sou kon sê dat die grond in sodanige geval onderhewig bly aan die fideikommissêre las, soortgelyk aan die geval by 'n verband.[100] Hier is dus 'n geval waar die onskuldige reghebbende beskerm word teenoor die onskuldige regverkrygende. Kennis van die reghebbende se reg by die regverkrygende is myns insiens slegs ter sake vir sover dit estoppel kan uitsluit.

Anders as wat by 'n fideikommis *mortis causa* die geval is, vind outomatiese eiendomsoorgang myns insiens nie by die oopval van 'n fideikommis *inter vivos* plaas nie, hetsy dit geregistreer is al dan nie. Selfs as dit geregistreer is, bly die *fideicommissarius* se reg in beginsel slegs 'n voorwaardelike *jus in personam ad rem acquirendam* waarop die beginsels van die kennisleer en die spreuk *qui prior est tempore, potior est jure* van toepassing is.[101] 'n Geregistreerde *fideicommissum inter vivos* het egter 'n mate van saaklike werking.[102]

Ek verkies dus om nie Nadaraja se teenoorgestelde standpunt te aanvaar dat 'n fideikommis *inter vivos* saaklike werking het[103] ongeag of die fideikommis geregistreer is al dan nie.[104] Sommige skrywers soos Wille, Beinart[105] en Steyn[106] is bereid om 'n fideikommis *inter vivos* as 'n saaklike reg te tipeer (hoewel hulle nie duidelik uitspel wat hulle met sodanige tipering bedoel nie) mits die fideikommis *inter vivos* geregistreer is. Joubert se siening stem daarmee ooreen. Volgens hom skep 'n geregistreerde *fideicommissum inter vivos* vir die *fideicommissarius* 'n saaklike reg van opvordering as die onroerende goed strydig met die fideikommis vervreem sou word.[107] Hy verklaar dat die bewering van Coertze[108] dat die registrasie van 'n *fideicommissum inter vivos* meebring dat onroerende fideikommissêre vermoë belas of geaffekteer word met 'n persoonlike reg (*ius in personam*) wat as saaklike las (*onus reale*) daaraan kleef en dit volg, verwerp moet word. Hy is dit ook nie met Coertze eens dat De Blécourt sou verkondig het[109] dat registrasie die *fideicommissarius* se *ius in personam* in 'n *ius in rem* verander nie. Volgens Joubert verkondig De Blécourt tereg dat die

100 Vgl Voet 20 1 13; *Standard Bank v Breitenbach* 1977 1 SA 151 (T).

101 Sien hieroor verder Laurens *op cit* hoofstuk 4. Dit impliseer verder dat die *fideicommissarii inter vivos* nie voorkeurbehandeling teenoor ander skuldeisers behoort te geniet as daar in die hande van die *fiduciarius* op die fideikommissêre vermoë beslag gelê word of as die *fiduciarius* insolvent verklaar word nie, en dat die registrasie van *fideicommissa inter vivos* teen onroerende goed op grond van artikel 63 van die Akteswet nie toegelaat behoort te word nie.

102 Sien hierbo.

103 Argumentshalwe word aanvaar dat dit outomatiese eiendomsoorgang impliseer.

104 Sien weer hierbo.

105 Sien weer hulle standpunte hierbo.

106 *op cit* 379.

107 Joubert *op cit* (1952) 229 e v.

108 Sien hieronder.

109 Sien hieronder.

*affectatio* van die onroerende fideikommissêre vermoë 'n saaklike reg skep, naas die reeds bestaande persoonlike reg van die *fideicommissarius.*[110]

Coertze stel reeds in 1948 voor dat die Akteswet so gewysig moet word dat trusts ook teen die titels van grond geregistreer kan word. Hy wys daarop dat die registrasie van 'n trust die begunstigde geen *jus in re* verleen op grond wat trustgoed vorm nie, maar dat hy slegs 'n *jus in personam* teen die trustee het. Volgens Coertze sal registrasie die *jus in personam* nie in 'n *jus in re* op die grond verander nie. Wat wel deur registrasie sal gebeur, is dat die trustgoed belas word met 'n saaklike las (*a real charge, onus reale*). Coertze verklaar dat drie soorte saaklike laste (*onera realia*) in ons reg onderskei word. Eerstens is daar 'n beperkte saaklike reg (*jus in re aliena*), soos 'n serwituut of vruggebruik, vir die vestiging waarvan registrasie vereis word. Tweedens is daar die *fideicommissum.* Die fideikommissêre goed word ook met 'n saaklike las (*onus reale*) belas maar om dit te vestig, is registrasie nie 'n vereiste nie, en die *fideicommissarius* het nie 'n reg nie, slegs 'n *spes fideicommissi.* Derdens word 'n *jus in personam* onderskei. Die saaklike las (*onus reale*) kan bestaan in 'n *jus in personam* waarmee die grond belas is. Belasting van onroerende goed met *jura in personam* was volgens Coertze outyds in Holland welbekend. Dit het deel gevorm van die Romeins-Hollandse reg. Hy verklaar dat die belasting van goed, soos De Blécourt meedeel, deur middel van *protokollatie* geskied het. Coertze waarsku egter dat daar gewaak moet word teen die fout wat De Blécourt begaan om aan te neem dat registrasie die *jus in personam* in 'n *jus in re* verander het. Al wat registrasie kan bewerkstellig, is kennisgewing aan die hele wêreld dat 'n *onus reale* bestaan. Volgens die skrywer strook Voet se medelings in verband met die *fideicommissum inter vivos* met hierdie beskouing.[111]

De Blécourt se mededelings in die verband lui:

> "Wanneer nu in een acte van overdracht van een onroerend goed of van een onroerend recht met betrekking tot die overgedragen zaak een of ander recht bedongen was, dan was enkel door het feit, dat het beding was opgenomen in een acte, die met zegel en brief was opgemaakt en, zo nodig, geprotocolleerd ter plaatse van ligging van het goed . . . nog niet bereikt, dat dit beding ook gold tegenover die rechtsopvolgers onder bijzonderen titel van dengene, die zich in de act had verbonden. Wilde men dit resultaat bereiken, dan moest een formulering gekozen worden, waaruit duidelijk sprak, dat niet slechts de persoon verbonden, maar ook de zaak er mee was belast (geaffecteerd, zoals men dan gaarne zeide); de bedoeling, dat het beding ook tegen de rechtsopvolgers onder bijzonderen titel zou gelden, moest duidelijk blijken. Was dit geschied, dan werkte het beding tegenover iedereen, had het dus absolute werking."[112]

Dit kan myns insiens nie uit De Blécourt se aanhaling verstaan word dat hy die fout begaan om aan te neem dat registrasie 'n *jus in personam* in 'n *jus in re* verander nie. Trouens, dit spreek daaruit duidelik dat, soos selfs vandag nog gebeur, regte geregistreer word wat steeds persoonlik bly,[113] en dat slegs dié

110 Joubert *op cit* (1952) 236 – 237.

111 Coertze *Die Trust in die Romeins-Hollandse Reg* 110 – 112.

112 De Blécourt *Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* (1950) 286 – 287.

113 Kyk Laurens *op cit* 131.

regte saaklik is wat volgens die bedoeling van die partye tussen wie dit tot stand kom, ook teen regsopvolgers moet geld.[114]

Die standpunt dat 'n geregistreerde fideikommis *inter vivos* 'n saaklike reg is, berus myns insiens op 'n verkeerde toepassing van bronne. Daar word in dié verband gewoonlik gesteun op Voet[115] en Van der Keessel,[116] beide met verwysing na Groenewegen.[117]

Voet maak dit op die aangehaalde plek eers duidelik dat die Romeinse reg dié verskil tussen *fideicommissa mortis causa* en *fideicommissa inter vivos* maak dat die *fideicommissarius* se opvolging waar die fideikommis *inter vivos* in die lewe geroep is, 'n persoonlike aksie is in teenstelling met die saaklike aksie wat die *fideicommissarius* het as die fideikommis *mortis causa* in die lewe geroep is. Voorts verklaar hy dat die gewoontereg van sy tyd die skepping van 'n fideikommis *inter vivos* goedkeur, en wel:

> "[S]ic ut & res eo modo afficiantur, ubi actis fideicommissa insinuata fuerint . . ."[118]

Van der Keessel meen dat die *fideicommissarius* in die geval van 'n fideikommis *inter vivos* wat teen onroerende goed geregistreer is, wel 'n *ius in re exspectati dominii* verkry.[119] By die gesag wat Voet aanhaal, verwys hy onder andere na Groenewegen.[120] Van der Keessel steun ook op dieselfde bewysplaas by Groenewegen. Groenewegen[121] verklaar op die aangehaalde plek:

> "Quoad immobilia iterum distinguendum est an alienandi prohibitio in ipso venditionis aliove contractu coram judice rei sitae facta sit, nec ne. hoc casu alienandi prohibitio dominii translationem hodie impedire non potest, postquam res revendita atque tradita est. quia nostris moribus immobilia nullo reali onera à contrahentibus adfici possunt, nisi coram magistratu loci rei gestae scriptura conficiatur . . . Illo autem casu, scilicet cum in ipsa traditione coram magistratu rei sitae hanc legem contractui dat venditor, ut emptori alienandi facultas non sit, dominii ab emptore translationem impediri existimo: cum enim venditor vel alter alienator, non alia lege jus suum transferre passus est, nisi tali fretus conditione, quomodo ferendum est aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione?"

Die gesag wat hý aanhaal is onder andere Sande.[122] (Hierop kom ek aanstons terug.) Dit is egter duidelik, as Voet op die aangehaalde plek noukeurig gelees word, en in geheel oorweeg word met ook sy ander tersaaklike mededelings,[123] dat die sogenaamde affektasie van die onroerende goed met die geregistreerde

114 Die verwarring oor wat 'n *jus reale* in teenstelling met 'n *jus in personam* beteken, blyk ook uit Conradie "The Effect of the Maxim 'Hire goes before Sale' in Short Leases" 1954 *SALJ* 375 – 376. Hy skryf m b t die regte van 'n korttermynhuurder dat sekere bedinge wat teen iedereen geld, dus absolute werking het, nogtans steeds persoonlike regte bly.

115 36 1 9.

116 *Praelectiones* 936 *ad Grot* 2 47 4.

117 *De Leg Abrog ad Cod* 4 6 3.

118 Voet 36 1 9.

119 *Praelectiones* 936 *ad Grot* 2 47 4.

120 *De Leg Abrog ad Cod* 4 6 3. Verwys in dié verband ook na *BSA Co v Bulawayo Municipality* 1919 AD 84 96.

121 *De Leg Abrog* 4 6 3 – 4.

122 4 2 14.

fideikommis *inter vivos* nie 'n affektasie is wat die persoonlike reg van die *fideicommissarius* in 'n saaklike reg verander nie![124] Daarby steun sowel Voet as Van der Keessel in dié verband op Groenewegen wat op sy beurt steun op 'n bewysplaas by Sande wat myns insiens nie gesag bied vir die standpunt dat 'n geregistreerde fideikommis *inter vivos* 'n saaklike reg is nie. Dit is duidelik dat sowel Groenewegen[125] as Sande[126] op die aangehaalde plekke nie besig is om 'n fideikommis *inter vivos* te bespreek nie, maar wel 'n verbod op vervreemding wat deur 'n verkoper opgelê word wanneer hy onroerende goed transporteer.[127] Dit is juis in dié opsig dat ek met Joubert verskil. Hy beskou Voet 18 1 15 as die deurslaggewende bewysplaas vir sy standpunt dat 'n geregistreerde fideikommis *inter vivos* saaklike werking verleen.[128] Dit kom my egter ongeregverdig voor om die verbod op vervreemding waarvan Voet by die aangehaalde plek skryf in 'n fideikommis *inter vivos* om te skakel. Voet is by 18 1 15 ook soos Groenewegen besig met 'n verbod op vervreemding wat deur registrasie teen onroerende goed gelê word. Wat Groenewegen in dié verband sê, is nie dat die eiendomsreg van die betrokke fideikommissêre goed outomaties op die *fideicommissarius* oorgaan as die goed strydig met die verbod vervreem word nie (soos mens by 'n fideikommis sou verwag).[129] Hy sê dat hy van mening is dat die oordrag van eiendomsreg deur die koper wat strydig met die geregistreerde verbod waaronder hy gekoop het (probeer) vervreem, verhinder word.[130]

Volgens Fischer is Joubert op 'n dwaalspoor wanneer hy 'n samehang konstrueer tussen bedinge met saaklike werking wat deur 'n vervreemder van onroerende goed deur registrasie by transport opgelê word, en *fideicommissa inter vivos.*[131] Hy wys daarop dat registrasie vir *fideicommissa inter vivos* kragtens die 1624-plakkaat[132] oorbodig was, nie omdat hulle ongeag registrasie tóg teen derdes werking gehad het nie, maar juis omgekeerd omdat hulle ondanks registrasie nie saaklik geword het nie.[133] Volgens Fischer is die verband wat Joubert tussen vervreemdingsverbiedinge en geregistreerde *fideicommissa inter*

123 Vgl Voet 36 1 9, 36 1 67, 39 5 43.

124 Coertze *op cit* 112 stel die saak m i korrek waar hy sê: "Die persoon aan wie die goed gerestitueer moet word *(cui restitutio facienda est)* kry 'n *actio personalis,* nie 'n *actio realis* nie, waarin die *fideicommissum inter vivos* nou juis van dié by uiterste wil ingestel verskil . . . Let op die woord *afficiantur,* d.w.s. *geaffekteer word,* wat ons sterk herinner aan die woord *affectatio* wat soos De Blécourt ons meedeel, so graag outyds gebruik is om die belasting van die grond met 'n *jus in personam* aan te dui."

125 *De Leg Abrog ad Cod* 4 6 3 – 4.

126 4 2 14.

127 Sien hieronder.

128 Joubert *op cit* (1952) 233 e v.

129 Sien hierbo.

130 By Sande Deel 4 kan heelwat geleer word oor die verbod op vervreemding wat die verkoper kan oplê. Dit is 'n saaklike reg.

131 Fischer *op cit* (1954) 48.

132 Kyk hierbo.

133 Fischer *op cit* (1954) 47. Vgl in dié verband weer die standpunt van Coertze en die aanhaling uit De Blécourt hierbo.

*vivos* lê histories en wetenskaplik nie geregverdig nie, en meer spesifiek nie deur Voet 18 1 15 waarop hy met nadruk steun nie.[134]

Laastens kan *BSA Company v Bulawayo Municipality*[135] myns insiens ook nie as gesag daarvoor beskou word dat outomatiese eiendomsoorgang by die oopval van 'n fideikommis *inter vivos* plaasvind, of dat 'n fideikommis *inter vivos* as 'n saaklike reg beskou moet word nie. In dié beslissing word skynbaar aanvaar (myns insiens foutiewelik) dat die sogenaamde *real burden* waarmee onroerende goed volgens Voet en Groenewegen geaffekteer kan word,[136] outomatiese eiendomsoorgang inhou.[137] Die vermelding van Voet se standpunt, skynbaar met instemming, dat die *fideicommissarius* slegs 'n *utilis actio in personam* het,[138] is myns insiens meer in ooreenstemming met die regsposisie. Ook wat die verklaring betref, dat die *fideicommissarius* mettertyd 'n *ius in rem* sal hê,[139] moet myns insiens aanvaar word dat die *dictum* slegs daarop dui dat die *jus in rem* sal volg op die uitoefening van die *fideicommissarius* se *jus in personam ad rem acquirendam*. Dit is duidelik dat die beskerming van die *jus in personam* die hoofsaak in die regter se gedagtegang is.[140]

Dus is daar nòg in die gemenereg, nòg in die regspraak gesag vir die standpunt dat 'n fideikommis *inter vivos* 'n saaklike reg in dié sin is dat outomatiese eiendomsoorgang na die *fideicommissarius* plaasvind as die fideikommis oopval. Die duidelike aanwysing tot die teendeel wat mens in die lig van artikel 16 van die Akteswet sou verwag, is nie in een van die twee bronne te vinde nie. Dit is ook opmerklik dat sodanige wyse van eiendomsoorgang nie een van die uitsonderings op die vereiste van inskrywing is wat in dié verband deur die Romeins-Hollandse skrywers genoem word nie.[141]

Ek meen dat die beskouing dat 'n fideikommis *inter vivos* gelykgestel kan word aan 'n beding ten behoewe van 'n derde[142] die korrekte is. Anders as by 'n fideikommis *mortis causa* kan die verlener van 'n fideikommis *inter vivos* te enige tyd voordat die derde die reg wat in sy guns beding is, aanvaar, met die *fiduciarius* (wat sy mede-kontrakparty is) ooreenkom om die fideikommis te kanselleer. As die derde egter die reg in sy guns beding, aanvaar, verkry hy daardeur slegs 'n vorderingsreg. Daarom is dit billik dat die eiendomsoorgang outomaties moet wees by erflating, en nie by 'n kontrak onder lewendes nie.

134 Fischer *op cit* (1954) 50 – 51.
135 1919 AD 84.
136 Kyk weer hierbo.
137 Vgl 96.
138 95.
139 97.
140 Vgl die *dictum* wat voorafgaan. Vgl ook Wille *op cit* 36.
141 Kyk Laurens *op cit* 84 e v.
142 n a v *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A). Vgl ook Unisa Studiegidse: Privaatreg IV gids 1 20.

# Die sogenaamde privaatregtelike "reg om te staak"

JY Claasen
*BCom LLD*
*Professor in die Privaatreg aan die Universiteit van die Oranje Vrystaat*

**SUMMARY**

**The so-called "right to strike"**

The "right to strike" can be considered from several points of view. From a socio-economic point of view the strike action may be justified on principles of equilibrium, autonomy or freedom to work. In the interpretation of "the right to strike" one should differentiate between the law regarding strikes and a "right to strike". In this article it is questioned whether a "right to strike" may be regarded as part of natural freedom which stems from the "law of nature", as a constitutionally guaranteed right, or as a necessary component of the right of association. The writer's conclusion is that it is an aspect of a person's power to participate in legal intercourse and not a right. It can only be seen as a capacity based on a person's legal personality. South Africa is the only country in the Western world where strike action is absolutely prohibited in the sense that a striker may be summarily dismissed in all circumstances. If strike is to be accepted in principle, a view which is endorsed by the writer, guide-lines will have to be provided by the law within which strikes can function.

## 1 INLEIDING

Die enigste saak tot dusver in die Suid-Afrikaanse regspraak waarin die regmatigheid van 'n staking in geskil geplaas is, is *R v Smit*.[1] Onder regmatigheid word in hierdie verband verstaan dat die stakingsdaad, dit is die nie-nakoming van die arbeidsverpligtinge gedurende 'n bestaande arbeidsooreenkoms, deur die reg gesanksioneer word in die sin dat geen negatiewe gevolge daaraan geheg word nie. So 'n nie-nakoming sou dan nie kontrakbreuk wees en die werkgewer sou nie geregtig wees om die werknemer summier op grond daarvan te ontslaan nie.

Regter Watermeyer, wat die uitspraak in die *Smith*-saak gelewer het, verduidelik die argument van die beskuldigde en die hof se standpunt soos volg:

> "As I understood the argument, Mr Gordon submitted that if an employee takes part in a strike in circumstances which do not amount to a contravention of sec 65 of the Act, the employer cannot dismiss the employee on the account of his refusal to work and the employee is consequently entitled to enter upon the employer's premises. Such a strike Mr Gordon described in his argument as a

1 *R v Smit* 1955 1 SA 239 (K).

> 'legal' strike, and he submitted that the Act had the effect of prohibiting an employer from dismissing an employee on the ground of the latter's refusal to work if such refusal arise out of his participation in a 'legal' strike. In my view this argument is fallacious. At common law an employer clearly has the right to dismiss a servant who refuses to carry out his contractual obligation to work. Mr Gordon was unable to point to, and I have been unable to find any provision in Act 36 of 1937 which 'legalises' strike in the sense that it authorises an employee to break his contract of employment by participating in a strike. All that the Act has done is to declare that striking in certain circumstances constitutes a criminal offence (see sec 65). If those circumstances are not present then no criminal offence is committed, and in that limited sense the strike is 'legal'. It does not however follow that an employer is deprived of his common law right to dismiss an employee who refuses to work."[2]

Die hof redeneer onteenseglik vanuit 'n suiwer privaatregtelike invalshoek. Ons positiewe reg gebruik met ander woorde die beginsels van die Romeinsregtelike dienskontrak *(locatio conductio operarum)* om die stakingsfiguur te beoordeel. Nieteenstaande die feit dat die moderne stakingsfiguur gemeenregtelik onbekend was, verwys skrywers oor die arbeidsreg na hierdie beslissing om te bevestig dat 'n werkgewer die reg het om stakers summier te ontslaan.[3] Ek het al elders bepleit dat die stakingsfiguur in sy huidige bestaansfeer beoordeel moet word met inagneming van die realiteit van die moderne kollektiewe arbeidsreg.[4] Indien die regswetenskap 'n ander interpretasie aan 'n besondere verskynsel gee as wat dit in die feitelike werklikheid het, moet die reël homself in die praktyk wreek.[5]

In teenstelling met die absolute afwysing in ons positiewe reg van die bestaansreg van stakings, word die vryheid om te staak in alle demokratiese lande op dieselfde wyse as byvoorbeeld die "reg om te assosieer" beskou. Omdat regsreëls normaliter weens ekonomiese, sosiale of etiese behoeftes ontstaan, is sekere beginsels, gefundeer op hierdie behoeftes, al voorgehou as rede waarom daar 'n sogenaamde reg om te staak moet wees.[6] Eerstens sal hierdie beginsels ondersoek word en daarna die juridiese grondslag van so 'n "reg."

Met die oog op wat volg, is dit nodig om vooraf duidelikheid oor die betekenis van die begrip "reg" te verkry. In die privaatreg word die woord "reg" vandag gepresiseer om òf die geheel van die regsnorme wat die samelewing orden, òf die beskrywing van die regsbetrekking tussen regsubjek en regsobjek te omvat.[7] Eersgenoemde staan bekend as die objektiewe reg en

2 241 – 242.

3 Van Jaarsveld en Coetzee *Arbeidsreg* (1977) 170 – 171; Schaeffer, Heyne en Kachelhoffer *Nywerheidsreg in Suid-Afrika* (1975) 146 – 147.

4 Claasen *Stakingsreg in Diensverband in Suid-Afrika* Proefskrif (1975) 164 e v.

5 Tereg verklaar Van Rensburg *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbegrensing by die Onregmatige Daad* (1970) 135: "Die reg kan en durf nie die feitelike werklikheid verontagsaam nie . . . Regsreëls wat op onjuiste opvattings oor die feitelike werklikheid gebaseer is, moet noodwendig tot inkonsekwensies en onbillikhede lei."

6 Van der Vyver en Van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* (1972) 8 e v.

7 Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 119; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1980) 58; *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376(T).

laasgenoemde as die subjektiewe reg. Die woord "stakingsreg" word dikwels gebruik, nie in die sin van objektiewe regsnorme wat die stakingsoptrede reglementeer nie, maar in die sin van die privaatregtelike "reg" van werknemers om sonder inmenging van die staat of hul werkgewer hul arbeidsverpligtinge nie na te kom nie.[8] Die onsekerheid en verwarring wat hieruit kan ontstaan is 'n uitvloeisel van die dubbelsinnigheid van die woord "reg" in Afrikaans net soos "ius" in Latyn, "droit" in Frans, "diritto" in Italiaans, "Recht" in Duits en "recht" in Nederlands. In Engels word die onderskeidende terme "law" en "legal right" vir die objektiewe reg en subjektiewe reg onderskeidelik gebruik. Soos sal blyk, behoort die woord "stakingsreg" myns insiens vir die reg insake stakings gereserveer te word. Stakingsreg is dan daardie deel van die objektiewe regsnorme wat die stakingshandeling in die samelewing orden. Die stakingshandeling word geskets en bereg in ooreenstemming met hierdie regsnorme wat in Engels as "the law of strikes", in Duits as "das Recht des Streiks" en in Frans as "droit de la grève" bekend staan.

Hierteenoor sou die sogenaamde "reg om te staak" dan beteken dat die werknemer 'n juridies gesanksioneerde aanspraak het, soos my reg op my motor of my reg op my liggaamlike integriteit. Alhoewe die begrip "reg om te staak" deur talle skrywers gebruik word, is daar nie eenstemmigheid oor die juridiese aard van hierdie "reg" nie.

Om redes wat later vollediger sal blyk, verkies ek die terme "bevoegdheid om te staak" of "stakingsbevoegdheid." Hierdie terme vermy in elk geval verwarring met die objektiewe "stakingsreg."

## 2 REGVERDIGING VIR DIE ERKENNING VAN DIE BEVOEGDHEID OM TE STAAK

As regverdiging vir die bevoegdheid om te staak, word daar vandag drie hoofredes aangevoer waarvan tussen-skakerings ook moontlik is. Ek volg hierin die indeling van Kahn-Freund en Hepple.[9]

### 2 1 Die ekwilibrium-beginsel

Alleen in 'n streng meganiese sin kan gepraat word van pariteit of ekwilibrium tussen 'n individuele werknemer en 'n individuele werkgewer. So sal uitsluiting *(lock-out)* net oënskynlik die handeling van 'n individuele werkgewer wees. So 'n uitsluitingshandeling is inderdaad die uitoefening van 'n sosiaal ekonomiese mag wat dikwels slegs deur staking teengewerk kan word.[10]

8 Kägi *Koalitionsfreiheit und Streikfreiheit* (1969) 75; Nikisch *Die privatrechtlichen Wirkungen des sogenannten Streikrechts* (1951) 3 e v; Nipperdey *Das Recht des Streiks in Deutschland* (1949) spalte 811; Van den Berg, Fortuyn en Jaspers *De Ontwikkeling van het Stakingsrecht in Nederland* (1979) 180 e v; Macfarlane *The Right to Strike* (1981) 13 – 33 166 – 196.

9 Kahn-Freund en Hepple *Laws Against Strikes* (1972) 6 e v; Van Esveldt "Het Recht van Werkstaking" 1968 *Sociaal Maandblad Arbeid (SMA)* 19; Zonderland *Recht en Plicht by Staking en Tegenstaking* (1974) 207.

10 Kahn-Freund en Hepple 6.

Die arbeidsverhouding tussen werkgewer en werknemer is onvermydelik 'n konflikverhouding in die huidige maatskaplike bestel.[11] Dit is eienaardig dat hierdie strydverhouding inderdaad 'n dinamiese karakter aan Westerse arbeidsverhoudinge verleen. Net soos in die wêreldpolitiek is magsewewig noodsaaklik in die arbeidsmark vir 'n regverdige en billike strydverhouding wat tot vreedsame voortbestaan kan lei. Histories gesien, is die ekwilibrium-beginsel seker die belangrikste rede vir die erkenning van 'n stakingsbevoegdheid. Die teorie van die noodsaaklikheid van 'n teenwig vir die ekonomies afhanklike werknemer teen die sosiale mag van die werkgewer was naamlik 'n vereiste vir die omverwerping van die meganiese individualisme wat in die beginjare van industrialisasie in die Westerse wêreld geheers het.[12] Vandag is hierdie *ratio,* as gevolg van die bestaande sosiale struktuur, seker nie meer so dwingend nie.

## 2 2 Die outonomie-beginsel

Die outonomie-argument is gekoppel aan die kollektiewe bedingingsmeganisme van huidige arbeidsverhoudinge.

Hoewel die wetgewer in 'n groot mate arbeidsverhoudinge reglementeer, word die ruggraat van diensnorme steeds buite die wetgewing en howe om deur kollektiewe bedinging bepaal. Dit lei tot 'n situasie in die arbeidsreg waar die individu wie se regte en verpligtinge bepaal word, nie deelneem aan die verrigtinge waartydens die vasstelling van sy regte en verpligtinge plaasvind nie – 'n situasie dus waar, asof outomaties en buite die reg om, voorwaardes van diens bepaal word.

Volgens die outonomie-beginsel word die argument dan deurgetrek dat sanksies vir nie-nakoming of afdwinging van diensnorme, ook buite die reg om moet geskied. Die howe moet nie besleg en sanksioneer nie maar die meganisme wat die norme bepaal het, moet ook sorg vir die sanksie waardeur die norme afgedwing word.[13] Staking is nie slegs 'n essensiële element van kollektiewe bedinging nie; dit vervul ook 'n noodsaaklike sanksioneringsfunksie in arbeidsverhoudinge.

As 'n sanksie is staking of die dreiging van 'n staking 'n summiere remedie in versteurde arbeidsverhoudinge – 'n veel doelmatiger remedie as enige proses in 'n geregshof. Selfs ooreengekome prosedurereëls funksioneer dikwels te traag in die ontknoping van 'n konfliksituasie. Prakties gesien, is die bevoegdheid om te staak volgens die outonomie-teorie die eweknie van die werkgewersprerogatief om diensvoorwaardes te wysig, as sou dit 'n sosiaal noodsaaklike funksie vervul.[14]

11 Suetens *De Werkstaking in het Publiekrecht van de Landen der Europese Gemeenschappen* (1963) 9.
12 Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 5 e v.
13 Kahn-Freund en Hepple 7; Van Esveldt 1968 *SMA* 19.
14 Kahn-Freund en Hepple 7.

Volgens ons positiewe reg sal outonome sanksionering egter as eierigting beskou word.[15] Die reg stel per slot van sake bepaalde norme waarvolgens regte en bevoegdhede uitgeoefen moet word. Die aanhangers van die outonomie-beginsel kan die dwingende krag van hierdie norme nie ontsnap nie.[16]

## 2 3 Die beginsel van vrywillige arbeid[17]

Die teorie van vrywillige arbeid berus myns insiens op 'n rasionalisering ooreenkomstig sosiaal etiese norme. Volgens hierdie teorie sou die ontkenning van 'n stakingsbevoegdheid neerkom op 'n verbod daarop om jou arbeid te onttrek, wat op sy beurt neerkom op 'n verpligting van regsweë om te werk. Die ontkenning van 'n stakingsbevoegdheid sou dan niks minder as 'n ontneming van die vrye wilsuitoefening tot arbeidsaamheid van 'n werknemer wees nie; iets wat deur enige beskaafde regstelsel veroordeel behoort te word.

Regtens gaan hierdie teorie egter geensins op nie. Die bevoegdheid om te staak is nie die juridiese korrelaat van die bevoegdheid om 'n diensverhouding aan te gaan nie. Staking vind per definisie gedurende 'n diensverhouding plaas, dit wil sê nadat vrywillig tot die diensverpligting gekontrakteer is. Die kenmerk van die diensooreenkoms is juis die beskikbaarstelling van die werknemer se arbeidsvermoë onder die werkgewer se kontrole en aanwysing.[18] Die beskikbaarheid van sanksies (hetsy strafregtelik hetsy privaatregtelik) by die nie-nakoming van diensverpligtinge, beteken dit nie dat die reg 'n persoon verplig tot prestasie in *forma specifica* nie. Ons howe het reeds by herhaling bevestig dat spesifieke nakoming van 'n diensooreenkoms nie gevorder kan word nie.[19]

Daar moet nietemin toegegee word dat die wetgewer deur strafsanksies nakoming kan afdwing en in *Roberts Construction Co Ltd v Verhoef* is privaatregtelik 'n remedie verskaf wat in effek op nakoming gerig was.[20] In gemelde saak is 'n interdik verleen wat die werknemer verhoed het om by enige werkgewer soortgelyk aan sy bestaande werkgewer in diens te tree. So 'n resultaat is egter slegs moontlik indien die ooreenkoms 'n negatiewe klousule bevat wat die werknemer belet om in stryd met die bestaande ooreenkoms op te tree.[21] Hierdie tipe indirekte verpligting kom geensins op 'n vorm van slawerny neer nie.

15 Van Esveldt *De Werkstaking in onze Sociale Verhoudinge* (1962) 62; Spruit *Stakingsrecht in de Kader van de Arbeidsooreenkomst* (1955) 25.
16 Van Esveldt (1962) 62.
17 Kahn-Freund en Hepple 7 – 8.
18 *R v AMCA Services Ltd* 1959 4 SA 202 (A).
19 *Schierhout v Minister of Justice* 1926 AD 99; *Roberts Construction Co Ltd v Verhoeff* 1952 2 SA 300(W).
20 *Roberts Construction*-saak hierbo.
21 *Tension Envelope Corporation SA Ltd v Zeller* 1970 2 SA 333(W).
22 Joubert 127.

## 3 DIE JURIDIESE GRONDSLAG VAN DIE BEVOEGDHEID OM TE STAAK

### 3 1 Die "reg om te staak" as natuurregtelike vryheidsreg

Die natuurregsgeleerdes het die menslike vryhede, die emansipasie van die individu, na vore gebring. Dit is daarom te verstane as na die natuurreg gegryp word om die werknemer se reg om te staak te verklaar. "Die natuurreg het immers die menslike vryheid self tot 'reg' verklaar."[22] Die reg om te staak is die resultaat van die logiese deurvoering van die natuurregtelike vryheid wat die mens het om te werk of nie te werk nie. So verduidelik Kägi:

> "Die Freiheit des Arbeitenden, seine Arbeit niederzulegen, findet ihre Grundlage im naturlichen Recht des Menschen auf Nichtarbeit. Die Freiheit nicht zu arbeiten ist als Korrelat der Freiheit zu arbeiten."[23]

Die begrippe van die natuurreg is egter te vaag en omstrede om positiefregtelik as grondslag vir 'n stakingsbevoegdheid te dien. Die natuurreg sou hoogstens bykomende argumente vir die moontlike erkenning van so 'n bevoegdheid kon verskaf.

### 3 2 Die "reg om te staak" as konstitusioneel gewaarborgde reg

Nòg in die Nederlande nòg in Engeland word konstitusioneel voorsiening gemaak vir 'n fundamentele reg: "die reg om te staak". In Amerika, waar die grondwet 'n belangrike rol speel, tref 'n mens ook geen "reg om te staak" aan nie. Tog het in Amerika stemme opgegaan dat die reg om te staak "a fundamental right protected by the Thirteenth Amendment which prohibits slavery and involuntary servitude" is.[24] Hierdie standpunt word telkens deur die howe verwerp. Daar is beslis dat "the right to strike cannot be considered a fundamental right" en "there is no constitutional right to strike."[25]

In the konstitusies van Frankryk en Italië word stakings wel betrek.[26] Die opstellers het nie die woorde "vryheid" of "bevoegdheid" gebruik nie maar die woord "reg" – "droit de grève" en "diritto di sciopero". In die Bondsrepubliek Wes-Duitsland se grondwet word die "Koalitionsfreiheit" gewaarborg maar niks van 'n stakingsreg gerep nie.[27] In die konstitusie van verskeie

23 aw 78.
24 Aggarwal *Indien and American Labour Legislation and Practices. A Comparative Study* (1966) 43; *Corpus Iuris Secundum* (bd 83) 524.
25 *United Federation of Postal Workers v Blount* 325 F Supp 879, 76 LRRM 2932 (D DC).
26 Reël 7 van die inleiding van die Franse konstitusie gedateer 1946 – 10 – 27, na welke reël verwys word in die inleiding van die nuwe grondwet van 1958 van die vyfde republiek: "Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementeut." A 40 van die Italiaanse konstitusie bepaal: "Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano."
27 A 9 III BGG.

"Länder" word die "Streikrecht" egter wel genoem.[28] Die formulering wat gebruik word, is: "Das Streikrecht wird anerkannt." Slegs in Wes-Berlyn word verklaar: "Das Streikrecht ist gewärleistet." Ook die jongste internasionale verdrae ruim 'n plek in vir stakings.[29]

Die erkenning van 'n fundamentele, konstitusioneel gewaarborgde "reg om te staak" skep die indruk dat 'n mens hier met 'n absolute reg te doen het wat geensins deur regsnorme of ooreenkoms ingekort kan word nie.

Dit is egter te betwyfel of die "reg om te staak" in dié sin houdbaar is. In die konstitusies van Bremen, Württemberg-Baden, Rheinland-Pfalz en Baden word byvoorbeeld slegs die vakverenigings se stakingsreg erken, en in Hessen en Württemberg-Hohenzollern 'n werknemer s'n slegs as 'n vakvereniging 'n staking uitgeroep het. Voorts word die reg om te staak slegs binne die raamwerk van die bestaande regsorde erken, byvoorbeeld in Württemberg-Baden, Reinland-Pfalz en Baden en selfs ook volgens die resolusies van die Europese Sosiale Handves en Verenigde Volkeorganisasie. Die korrekte interpretasie skyn dus te wees dat hierdie "reg om te staak" nie kan beteken dat die stakers aan geen wetgewing of ander norme gebonde is nie. Daarom kan hierdie "reg" hoogstens as 'n vryheid of bevoegdheid beskou word, soos die vryheid van assosiasie, die vryheid van spraak, ensovoorts. Dit volg ook dat hierdie bevoegdheid ingekort kan word, byvoorbeeld deur private of kollektiewe ooreenkoms of deur wetgewing. 'n Absolute "reg om te staak," gesanksioneer deur die reg sodat daar geen nadelige gevolge vir die staker intree nie, kan ook nie uit hierdie premis verantwoord word nie.

28 1 Bremen: A 51 III: "Das Streikrecht der wirtschaftlichen Vereinigungen wird anerkannt."
2 Hessen: A 29 IV, V: "Das Streikrecht wird anerkannt, wenn die Gewerkschaften den Streik erklären. Die Aussperrung ist rechtswidrig."
3 Württemberg – Baden: A 23 III: "Das Streikrecht der Gewerkschaften im Rahmen der Gesetze wird anerkannt. Dieses Recht einschränkende und hemmende Abreden und Massnahmen sind nichtig."
4 Rheinland – Pfalz: A 66 III: "Das Streikrecht der Gewerkschaften im Rahmen der Gesetze wird anerkannt."
5 Baden: A 38 II: "Das Streikrecht der Gewerkschaften im Rahmen der Gesetze wird anerkannt. Dieses Recht einschränkende und hemmende Abreden und Massnahmen sind nichtig."
6 Württemberg – Hohenzollern: A 97 I, II: "Der Staat anerkannt das Streikrecht als Recht der Arbeitnehmer auf gemeinsame, geregelte Einstellung der Arbeit zur Erhaltung ihrer Lebensgrundlage und zur Erreichung günstigerer Arbeits-, inbesondere Lohnverhältnisse. Die Gewerkschaftsleitung entscheidet darüber, ob und in welchem Umfange die Arbeitnehmer in den Streik treten. Sie ist verplichtet, die Wirkung des Streiks auf das Allgemeinwohl zu erwägen und den Streik nur zu beschliessen, nachdem Verständigungsversuche gescheitert sind."
7 Berlin – Wst: A 18 III: "Das Streikrecht ist gewährleistet."

29 A 6(4) van die Europese Sosiale Handves bepaal: "With a view to ensuring the effective exercise of the right of workers and employees to collective action in cases of conflict of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into."
So ook a 8d van resolusie 2200 gedateer 1966 – 12 – 16 wat lui:
"The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country."

### 3 3 Die "reg om te staak" as noodwendige gevolg van assosiasievorming

Die bevoegdheid tot groepsvorming het 'n stormagtige geskiedenis gehad.[30] Tans word die vorming van vakverenigings algemeen aanvaar. Die resultaat is dat die individuele werker se bevoegdheid om te onderhandel drasties of totaal opgehef word. Voorts is die werker verplig om aan die uitroep van 'n staking gehoor te gee.[31] Die argument word dan aangevoer dat koalisievorming noodwendig die reg om te staak insluit. By gebreke hieraan sou die konstitusionele vryheid van koalisievorming so uitgehol wees dat dit niksseggend sou wees: "ein Messer ohne Heft, ein Schwert ohne Klinge. Es wäre inhaltslos, so wertlos wie etwa ein Waffenschein, der ein Schiessverbot enthielte."[32] Solank die reg koalisievorming sanksioneer, moet, volgens hierdie argument, ook die "reg om te staak" erken word.

Die Engelse Appeal Court het in 1970 die geleentheid gehad om hom uit te spreek oor die argument dat enige beperking op die reg om te staak nietig sou wees omdat dit strydig met die konstitusionele vryheid van koalisievorming sou wees.[33]

Lord Donovan verklaar:

> "[It is] inaccurate to contend that the abridgement of . . . the freedom to strike leaves the assurance of "freedom of association" empty of worthwhile content."[34]

Die meerderheid van die Duitse regspraak en literatuur huldig 'n dergelike

30 In Engeland vind die eerste verbodsopheffing plaas deur die Combination Law Repeal Act 1824. 'n Golf van stakings tref die land in die winters van 1824 – 1825 en gee aanleiding tot die Combination Law Repeal Act Amendment Act 1825. Laasgenoemde wet beperk die vryheid om te staak maar laat nie die verbiedinge teen koalisievorming herleef nie. Om 'n vakvereniging te vorm, is dus nie strafbaar nie maar wel die stakingshandeling. Eers vyftig jaar later hef die Conspiracy and Protection of Property Act 1875 die misdaad "conspiracy" ook m b t die stakingshandeling op. Nog twee wette was nodig om die stakingshandeling "vry" te maak. Die Trade Dispute Act 1906 skaf die "tort of civil conspiracy" af en in die Trade Dispute Act van 1956 moes die wetgewer die "tort" van "intimidation by threatening to break a contract" negativeer wat in *Rookes v Barnard* (1946) AC 1129 in die lewe geroep is. Gemelde bepalings kulmineer in 'n gekwalifiseerde vorm in die huidige Industrial Relations Act 1971.
In Frankryk word die individualistiese leerstellinge van Jean Jacques Rousseau beliggaam in die Loi Le Chapelier, wet van 14 tot 17 Junie 1791 wat eers afgeskaf word deur die wet van 21 Maart 1884 wat die vryheid van vakverenigings bevestig.
In Nederland is die voornoemde Franse beletsel teen koalisievorming oorgeneem in 1811. Deur die wet van 12 April 1872 word die koalisieverbod afgeskaf.
In Duitsland word die koalisieverbod opgehef deur par 152 van die Bundes Gewerbeordnung van 21 Junie 1869. Die Grondwet van Weimar van 11 Augustus 1919 erken die vryheid van organisasie. In 1933 word die vryhede vir vakverenigings opgehef deur die Wet van 20 Januarie 1934. na die val van Nasionaal-Sosialisme en die verbrokkeling van Duitsland na die tweede wêreldoorlog het die grondwette van verskillende Länder die koalisievryheid vanaf 1945 weer erken. Sommige het selfs die "streikrecht" daarin vermeld. Oor laasgenoemde situasie is reeds standpunt ingeneem as sou dit neerkom op grondwetlike erkenning van die reg om te staak.

31 Macfarlane 182.

32 Kägi 85 – 86.

33 *Collymore v Attorney General* (1970) AC 538.

34 Sien ook Kahn-Freund *Labour and the Law* (1972) 227: "Freedom to strike and freedom to organise are different things."

standpunt.[35] Vir hulle is koalisievorming en staking nie simmetriese begrippe nie. Koalisie slaan op die ooreenkoms tot groepsvorming terwyl staking een van die middele is wat die groep kan gebruik om die oogmerke van die groep af te dwing. Die koalisieooreenkoms, die koalisiedoel en die koalisiemiddels word met ander woorde skerp van mekaar geskei.[36] Enige ander benadering sou dan tot onmoontlike resultate lei.[37]

Daarenteen vra die ondersteuners van die fundering van die "reg om te staak" op die reg tot assosiasievorming:

> "Was ist denn das Streikrecht? Nichts anderes als die logische Konsequenz des Koalitionsrecht. Bevor es Berufsverbände gab, gab es auch keine Streiks."[38]

Daar is 'n sekere waarheidsmoment in hierdie argument. Histories gesien, gaan die afskaffing van koalisieverbiedinge hand aan hand met die afskaffing van strafregtelike gevolge vir stakings. Die vryheid om te verenig het die vryheid om te staak – in die sin van afwesigheid van kriminele sanksies – tot noodwendige gevolg. Maar dit hou nie die "reg om te staak" in – met ander woorde 'n "reg om te staak" sodat die werkgewer die staking moet gedoog net soos hy die vorming van 'n vakvereniging moet gedoog nie.

In die Nederlandse reg het Van Kempen reeds in 1907 die standpunt verwerp dat 'n "recht van werkstaking" uit die opheffing van die koalisieverbod van 1872 spruit. Alhoewel die stakingsdaad nie meer strafregtelik verbode is nie, moet die staking nog steeds met inagneming van die Burgerlijk Wetboek en die betrokke diensooreenkoms uitgeoefen word.[39] Visser en Zaayer gebruik wel die uitdrukking "reg om te staak" wat uit die opheffing van die strafregtelike verbod op koalisievorming spruit, welke "reg" egter soos enige ander reg begrens is.[40] Die presiese aard van hierdie "reg" is egter onduidelik en myns insiens bedoel hulle bloot die vryheid of bevoegdheid wat op 'n aspek van 'n werker se regsubjektiwiteit dui. Levenbach gee toe dat die erkenning van die werkstaking in die praktyk by die opheffing van die koalisieverbiedinge aansluit.[41] In 'n latere publikasie kwalifiseer hy hierdie erkenning van die werkstaking:

> "[N]u kan men een civielrechtlijke rechtmatigheid natuurlijk niet zonder meer afleiden uit het feit dat een vroegere strafbaarstelling is afgeschaft."[42]

35 Kaskel *Arbeitsrecht* (4e uitg) 278 316 386; Hueck-Nipperdey (6e uitg) II 101 e v; Reichsgericht *(Entscheidungen in Strafsachen)* 56/412 419 423 e v.

36 Groh *Das Koalitionsrecht* (1923) 33 61; Schubert *Koalitionsfreiheit und Streikrecht* ( 1926) 47 e v.

37 *Contra* Erda *Die Zivilrechtliche ausservertragliche Haftung für Streikschäden* (1926) 19 e v wat meen dat om twee sulke eng verbonde begrippe soos arbeiderskoalisie en staking te skei foutief en gekunsteld is.

38 Kägi 87.

39 Van Kempen *Het Juridisch Karakter der Werkstaking en Hare Gevolgen in Verband met het Ontwerp Arbeidscontract* (1907) 17 – 21.

40 Visser en Zaayer "Behooren ten aanzien van de gebondenheid tot nakoming eener verbintenis bijzondere regelen te gelden met betrekking tot werkstaking en zoo ja, welke?" 1914 *Nederlandsche Juristen Vereeniging* 67 86.

41 Levenbach *De Vakvereeniging in het Nederlandsche Recht* (1926) 16.

42 Levenbach *Onrechtmatige Daad en Werkstaking* (1935) 34.

Koalisievorming en die stakingsdaad is duidelik twee aparte begrippe. Deur die koalisieooreenkoms aan te gaan, doen die werknemer nog geen verpligtinge op nie, maar waar hy staak, kan dit in gegewe omstandighede nadelige juridiese gevolge inhou. Meer korrek is die standpunt van die meerderheidsmening dat die stakingshandeling eerder uitoefening van 'n vryheid, en nie van 'n reg om te staak nie, is.

### 3 4 Die bevoegdheid om te staak as 'n aspek van regsubjektiwiteit

Die standpunt wat in die vorige paragraaf bespreek is, bied nog nie 'n bevredigende grondslag vir die sogenaamde "reg om te staak" nie maar verskaf die agterliggende gedagte wat kan lei tot die korrekte regswetenskaplike beoordeling van hierdie fenomeen. Daar kan uitdruklik aan werknemers, byvoorbeeld deur 'n wetsbepaling, die bevoegdheid om te staak verleen word, of die werkgewer kan self toestemming tot 'n staking onder gegewe omstandighede gee. In die praktyk kom sodanige wetsbepalings of toestemming egter nie voor nie. Aan die ander kant is daar in die Westerse wêreld geen alomvattende absolute verbod op stakings nie. In hierdie ongekwalifiseerde maar negatief begrensde sfeer van dit wat nie verbied is nie, is die *stakingsvryheid* van die werknemer geleë.[43]

In die Duitse asook die Nederlandse reg is stakingsbevoegdheid 'n aspek van die werknemer se regsubjektiwiteit. Borst verklaar dat na opheffing van die koalisieverbod die stakingshandeling erken word soos die handelingsvryheid wat 'n persoon het om 'n ooreenkoms te sluit of op straat te loop.[44] Müller verklaar:

> "Die natürliche Möglichkeit, streiken zu können, gewährt – solange kein besonderes Verbot besteht – eine Streikfreiheit. Die Kampffreiheit ist daher lediglich ein Bestandteil der natürlichen Handlungsfreiheit . . . Sie braucht deshalb . . . zu ihrer Entstehung keinen besonderen Rechtssatz, der sie erst ins Leben ruft und dem Einzelnen verleiht; sie besteht vielmehr ohne weiteres auf Grund der Existenz und der natürlichen Veranlagung jedes Menschen, soweit sie nicht durch besondere Rechtsvorschriften eingeengt oder entzogen ist."[45]

## 4 KONKLUSIE[46]

Enige handeling word enige landsburger veroorloof indien sodanige handeling nie deur die regsorde uitdruklik verbied word nie. In hierdie vryheidssfeer, die natuurlike handelingsvryheid van die mens, is ook die stakingsvryheid geleë. Die reg om te staak is niks anders as 'n bestanddeel van elke persoon se handelingsvryheid nie. Die werknemer kan vryelik oor sy arbeidskragte beskik en besluit om dit nie meer tot die beskikking van sy werkgewer te stel nie.

43 Kägi 92.

44 Borst "Vaagheden en Inconsequenties in en om het Stakingsrecht" 1959 *Sociaal Maandblad Arbeid* 484.

45 Müller *Streik und Arbeitsvertrag nach deutschen Recht* (1955) 25.

46 Dit is 'n vereenselwiging met die Duitse standpunt. Ek maak gebruik van Hueck-Nipperdey II 437, Kaskel 315 en Kägi 91 – 95 se uiteensettings.

Dit bly egter slegs 'n vryheid en daaruit volg nie 'n subjektiewe reg om te staak nie – net so min as wat daar 'n subjektiewe reg is om te eet, te slaap, ensovoorts. Hierdie stakingsvryheid het 'n bestaansreg en sfeer waarbinne dit funksioneer. Suid-Afrika is tans die enigste land in die Westerse wêreld waar nog steeds 'n absolute verbod op stakings bestaan. Absoluut omdat, hoewel in sekere gevalle geen strafregtelike verbod die stakers tref nie, die werkgewer hulle privaatregtelik nog steeds summier kan ontslaan. Dit is 'n uiters ongelukkige voorbeeld waar regsreëls met praktiese realiteit kontak verloor het. Omdat die staking 'n realiteit in die moderne arbeidsreg is – trouens 'n noodsaaklike en redelike onderbou van die kollektiewe bedingingsmeganisme vorm – moet die reg vir doeleindes van regsekerheid die grense daarvan aandui. Die bestaansfeer van die staking sal tussen normale privaatregtelike kontraksgebondenheid en noodsaaklik geagte werkweiering lê. Dit bring 'n mens by die "spelreëls" vir 'n regmatige staking wat 'n verdere interessante onderwerp is.

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

*Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.*

*Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:*
Prof DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

# Kompensasie van nie-vermoënskade

PJ Visser
*BA LLD*
*Medeprofessor in die Privaatreg aan die Universiteit van Suid-Afrika*

**SUMMARY**

The method by which compensation is effected in cases of non-pecuniary loss resulting from bodily injury receives attention. The main function of the law of delict is to provide for compensation and for satisfaction. With *compensation* the law attempts to achieve (financial) restitution to cancel out the harmful effects of a delict. The object of *satisfaction* is to soothe the feelings of the person subjected to a delict and to confirm the authority of the law. The relevance of restitution in the sphere of non-pecuniary loss (where factual restitution is impossible) is only to be found in the *idea* providing restitution; an imperfect attempt at restitution is made.

There are various theories which try to explain compensation of non-pecuniary loss. According to one theory a market value is given to interests of personality. The objections to this view are that personality interests (in this connection) have no market value and that this theory does not explain how the money that an injured person receives is actually going to compensate him.

In Germany and Switzerland sophisticated theories in this regard have been developed. According to the so-called *pain-for-pleasure* approach, the money which an injured person receives represents a measure of happiness which has to cancel out the unhappiness flowing from his injuries. This theory approaches the problem of compensation with too much emphasis on subjective factors. In terms of the so-called *Überwindungsgedanke* an injured person must receive an amount of money which will assist him in overcoming his problems. The theory suggests that the plaintiff will be able to develop the will-power to triumph over his setback by means of his greater economic freedom made possible by the receipt of an amount of money.

In South African law both the pain-for-pleasure theory and the "Überwindungsgedanke" are accepted. The author suggests that these two approaches be combined to provide for a comprehensive theory of compensation of non-pecuniary loss. "Real" compensation in the situation under discussion can be achieved only if a plaintiff's injuries are not too serious and if he has the intellectual ability to develop enough will-power to fight back and triumph over his set-back. Where compensation is impossible, only (objective) satisfaction can be relevant.

Die vraagstuk wat in hierdie artikel bespreek word, is hoe dit moontlik is om van kompensasie te praat in verband met nie-vermoënskade weens liggaamlike beserings aangesien hierdie tipe skade per definisie nie in rand en sent uitgedruk kan word nie. "Nie-vermoënskade" kan naamlik omskryf word as die nadelige verandering van die deur die reg beskermde hoogs persoonlike belange van die eiser wat nie sy ekonomiese posisie raak nie.

## 1 ALGEMEEN

Dit moet ten aanvang duidelik gestel word dat daar in die deliktereg hoofsaaklik twee vergoedingsfunksies bestaan,[1] naamlik kompensasie (skadevergoeding) en genoegdoening. Dit is seldsaam om in die Engelse regsliteratuur[2] 'n terminologiese onderskeid aan te tref tussen *kompensasie* van nie-vermoënskade en *genoegdoening* in geval van nie-vermoënskade.[3] Die terminologie wat gebruik word, is nie van besondere belang nie, maar daar moet gewaarsku word teen die praktyk om ongekwalifiseerd van "genoegdoening" te praat by die vergoeding van uiteenlopende persoonlikheidsnadele soos aantasting van die goeie naam en "pyn en lyding." Al word die begrip genoegdoening in beide gevalle aangewend om die vergoeding wat verhaal word, te beskryf, moet dit nogtans begryp word dat "genoegdoening" nie altyd met betrekking tot sowel pyn en lyding as byvoorbeeld aantasting van die goeie naam dieselfde betekenis kan hê nie. Dit is gevolglik te verkies dat die term genoegdoening in 'n beperkter betekenis gebruik word om dié gevalle aan te dui waar dit om die goedmaking en salwing van 'n gevoel van verontregting en om regshandhawing gaan. Dit is hoofsaaklik die betekenis wat genoegdoening in Duitsland het[4] en nie die wye betekenis wat in die Switserse reg[5] daaraan gegee word nie, wat hier as uitgangspunt aanvaar word.

## 2 KOMPENSASIE EN RESTITUSIE

Restitusie is sowel 'n funksie as 'n ideaal of oogmerk van die deliktereg. Restitusie het ook 'n besondere verwantskap met kompensasie.[6] Restitusie as *funksie* van die deliktereg beteken dat die feitelike posisie wat wederregtelik verander is, herstel moet word soos dit was.[7] Volgens Stoll[8] erken die reg die belang van 'n persoon dat 'n bepaalde toedrag van sake moet voortbestaan. Die reg kan dus 'n ander persoon (die verweerder) verplig om die feitelike omstandighede ten gunste van die eiser te herstel. Kompensasie as 'n funksie van die deliktereg is net relevant wanneer feitelike restitusie onmoontlik of kragtens regsbeleid onwenslik is. Wanneer kompensasie plaasvind, geskied dit ooreenkomstig die doel van restitusie, naamlik dat die eiser se posisie so ver

1 'n Selfstandige straffunksie van die deliktereg word hier buite rekening gelaat.
2 In Engels staan genoegdoening ook dikwels bekend as "damages" en nie as "satisfaction" nie.
3 Sien bv Pauw *Persoonlikheidskending en Skuld in die Suid-Afrikaanse Privaatreg* (1976): "(D)ie uitdrukking 'vergoeding van immateriële skade' (word gebruik) in plaas van genoegdoening. Genoegdoening is 'n wye begrip wat alle remedies insluit wanneer dit handel oor die goedmaking van krenking van die persoonlikheid."
4 Remé *Die Aufgaben des Schmerzengeldes im Persönlichkeitsschutz* (1962) 38 e v.
5 Winter *Die Wiedergutmachung immaterieller Beeinträchtigung bei Körperverletzung und Tötung* (1975) 36 42.
6 In die Duitse reg word daar, in teorie altans, voorkeur aan restitusie bó kompensasie verleen. Sien § 251 *BGB:* "Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen."
7 Stoll "Consequences of liability: Remedies" in *International Encyclopedia of Comparative Law* bd XI hfst 8 8; Atiyah *Accidents, Compensation and the Law* (1970) 521.
8 Stoll 8.

moontlik in sy oorspronklike potensiaal herstel word. Hierdie doel word bereik deur die verskaffing van 'n bedrag geld as ekwivalent vir die aangetaste belang ten einde die skade te "kanselleer."[9] By skadevergoeding of kompensasie is dit gevolglik van pas om te praat van *finansiële restitusie*. Laasgenoemde begrip toon dan die verband tussen kompensasie en restitusie aan. Die verskil tussen restitusie en kompensasie as funksies van die deliktereg is dat restitusie soms die ontwikkeling van verdere skade kan voorkom maar normaalweg nie soos skadevergoeding in staat is om afgeslote skadelike gevolge uit die weg te ruim nie.[10] In teenstelling hiermee, wis skadevergoeding gewoonlik bestaande skadelike gevolge uit maar dring nie tot die bron van die skade deur nie.[11] Die verskille tussen restitusie en kompensasie verhoed egter nie dat die twee funksies mekaar soms aanvul nie en dat 'n volledige vergoeding van skade in bepaalde gevalle slegs moontlik is deur restitusie en kompensasie.[12]

In hierdie verband kan ook gelet word op die mening van Munkman[13] wat nie aanvaar dat restitusie die grondreël van die skadevergoedingsreg is nie. Volgens hom is die grondreël kompensasie en is restitusie 'n sekondêre beginsel wat net toepaslik is waar dit wel moontlik is om die *status quo* te herstel. Sy teorie oor kompensasie formuleer Munkman[14] soos volg:

> "'Compensation' is derived from a Latin root 'compensare' (weigh together). The fundamental principle of every system of civil law is the principle of justice . . . We may think of the traditional picture of Justice, holding a pair of scales. Into one scale goes the harm or loss sustained; into the other goes the compensation; and the aim of the law is to make the two balance."

Dit wil voorkom asof hierdie standpunt van Munkman die wa voor die osse probeer span en ook nie die algemene siening van die Engelse reg weerspieël nie.[15]

Die belang van restitusie by die kompensasie van nie-vermoënskade is gewoonlik slegs te vind in die idee van restitusie; restitusie (al is dit feitelik hoe onbereikbaar) onderskei die kompensasiefunksie van die genoegdoeningsfunksie. Daar word algemeen aanvaar[16] dat feitelike restitusie in gevalle van persoonlikheidsnadeel net in buitengewone gevalle moontlik is.[17]

## 3 DIE AARD VAN KOMPENSASIE

*Kompensasie* is 'n elementêre en basiese funksie in gevalle van deliktuele aanspreeklikheid en dui op die proses waardeur 'n geldelike ekwivalent vir die belange wat aangetas is, verskaf word. Die term kompensasie*funksie* behoort

9 Van der Walt *Die Sommeskade-leer en die "once and for all"-Reël* (1977) 285.
10 Von Degenkolb "Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes" 1890 *AcP* 1.
11 Stoll 8.
12 Wiese *Der Ersatz des immateriellen Schadens* (1964) 5 e v.
13 Munkman *Damages for Personal Injury and Death* (1973) 21.
14 Munkman 3.
15 *British Transport Commission v Gourley* 1956 AC 185 197; McGregor *Damages* (1972) 6 – 12.
16 Wiese 5 e v; Stoll 131; Ogus *The Law of Damages* (1973) 19.
17 by aantasting van die goeie naam deur bv die verwydering van 'n lasterlike plakkaat. Dit is in elk geval ook nie "volledige" restitusie nie.

dus gebruik te word wanneer na die proses van skadevergoeding verwys word: Kompensasie is nie eenvoudig 'n bedrag geld nie, maar 'n bedrag geld wat 'n bepaalde doel moet bereik, naamlik "which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting compensation or reparation."[18] Daar kan dus verklaar word dat kompensasie gewoonlik gemik is op finansiële restitusie. Die bedrag geld wat aan die eiser gegee word, is 'n finansiële ekwivalent van die aangetaste belange wanneer dié belange in 'n gelikwideerde som (geld) uitgedruk word. Wanneer 'n mens met suiwer ekonomiese verlies te doen kry, is finansiële restitusie in der waarheid ook feitelike restitusie.[19] Atiyah[20] ondersoek ook die aard van kompensasie: Volgens hom kan kompensasie gesien word as *ekwivalente* kompensasie of kompensasie wat as *substituut* (troos) beskou word. Ekwivalente kompensasie word onderverdeel in kompensasie ten aansien van bates wat fisies vernietig is, kompensasie vir suiwer finansiële verliese weens uitgawes aangegaan, en kompensasie vir verlore verwagtings. Die substituut-tipe kompensasie veronderstel dat die verlore "bate" onvervangbaar is en dat die geldbedrag net dien om 'n substituut of alternatief daarvoor te verkry en nie om die aangetaste belang self te vervang nie. In bepaalde gevalle is dit nie eers moontlik om van 'n alternatief of substituut te praat nie en is die geldbedrag net 'n troossom. In hierdie laaste geval wat Atiyah[21] noem, vervul die geldbedrag inderdaad 'n genoegdoeningsfunksie en nie meer 'n kompensasiefunksie nie.

## 4 KOMPENSASIE VAN NIE-VERMOËNSKADE: DIE BASIESE PROBLEEM IN DIE LIG VAN SEKERE TEORIEË

Dit is paradoksaal om nie-vermoënskade te omskryf as skade wat nie 'n geldelike ekwivalent het nie (aangesien die skade nie die ekonomiese sfeer van die eiser raak nie) en om dan te verklaar dat die kompensasiefunksie tog relevant met betrekking tot nie-vermoënskade kan wees. Dit is juis die bestaan van hierdie paradoks wat tot gevolg het dat sowel die Switserse as die Oostenrykse reg eerder 'n genoegdoeningsteorie as 'n kompensasieteorie in verband met die goedmaking van nie-vermoënskade aanvaar. In die Switserse regsliteratuur word verklaar dat geld en ideële nadeel as twee onvergelykbare groothede teenoor mekaar staan[22] en dat die een nie deur middel van die ander uitgedruk kan word nie. Aangesien geld dus in geen opsig 'n ekwivalent kan wees vir 'n persoonlikheidsnadeel nie, word die argument geopper dat die kompen-

18 *Livingstone v Rawyards Coal* 1881 App Cas 25 39. Vgl ook *Victoria Laundry v Newman Industries* 1949 2 KB 528 539. Ronse *Aanspraak op Schadeloosstelling uit Onrechtmatige Daad* (1954) 405 praat van *vergelykende* vergoeding.

19 Stoll 11.

20 Atiyah 521 – 524.

21 Atiyah 525; Von Degenkolb 20; Eickhoff *Die Bemessung des Schmerzensgeldanspruchs als Sonderform des Anspruchs auf Wiedergutmachung* (1957) 55 e v.

22 Winter 33; Brusiin *Zum Problem des immateriellen Schadens* (1966) 23.

sasiefunksie hier eenvoudig onrealisties en irrelevant is.[23] Winter[24] verduidelik die posisie in die Switserse reg soos volg:

> "*Immaterielle Unbill* kann nicht tatsächlich ausgeglichen, sondern eher nur *aufgewogen* werden. Nicht die 'Aufhebung eines (durch die immaterielle Beeinträchtigung hervorgerufenen Unlustgefühls' ist Ziel der Genugtuungsleistung, sondern die 'Schaffung eines Gegengewichts', eines neuen, anders als daz zerstörte gestalteten Lustgefühls behufs möglichster Wiederherstellung des gestörten Gleichgewichts des Subjekts."

Uit hierdie uiteensetting blyk dat die genoegdoeningsfunksie wat in die Switserse reg bo die kompensasiefunksie verkies word, tog nie soveel van kompensasie verskil nie. Hierdie afleiding word bevestig deur Winter[25] wat die Switserse stelsel van "kompensasie" vir nie-vermoënskade as "Ausgleich (dit wil sê kompensasie) durch Satisfaktion" beskryf.

In sy opsomming oor die houding van die Oostenrykse reg in verband met die kompenseerbaarheid van nie-vermoënskade, verklaar Strasser:[26]

> "Bei der Verletzung nicht vermögenswerter Güter ist eine Wiederherstellung aus begrifflichen und ein Ersatz aus weltanschaulich-begrifflichen Gründen nicht möglich."

Strasser[27] verduidelik verder dat die Oostenrykse reg van 'n genoegdoeningsteorie uitgaan maar dat die genoegdoeningsfunksie nie net beteken dat die gevoel van verontregting van die eiser gekalmeer word deur die bevrediging wat hy ervaar wanneer hy 'n geldsom ontvang nie; die eiser moet die geld wat hy ontvang, benut om sy "immaterieller Lebensbereich" te verbreed. Dit wil voorkom asof daar net soos in die Switserse reg gepoog word om 'n kompensasiefunksie in te klee asof dit 'n genoegdoeningsfunksie is. Dit is opvallend dat feitlik elke skrywer oor nie-vermoënskade op die feit wys dat hierdie vorm van skade nie in geld meetbaar is nie en daarom nie (direk) soos vermoënskade gekompenseer kan word nie.[28] Daar bestaan nie veel gedagtes oor hierdie probleem in die Suid-Afrikaanse regsliteratuur nie[29] en gevolglik word na gesaghebbendes van vergelykbare regstelsels verwys.

Die uitdrukkings "incommensurability"[30] of "inkommensurable"[31] word dikwels in verband met die kompensasie van nie-vermoënskade gebruik.

23 Von Degenkolb 23; Burckhardt "Die Revision des schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht" 1903 *ZSR* 469.
24 Winter 36.
25 Winter 38 e v 251.
26 Strasser *Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht* (1964) 19.
27 Strasser 20 e v. Sien ook Bydlinski "Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem" 1965 *Juristische Blätter* 173 237 254.
28 Sien bv Stoll 36 e v; Von Degenkolb 22; Peterssen 1936 *Deutsches Autorecht* 133; Pecher "Der Anspruch auf Genugtuung als Vermögenswert" 1971 *AcP* 44 64; Kiessling *Das Problem der Bemessung des Schmerzensgeldes* (1960) 5; Ronse 392 e v; Winfield en Jolowicz *Tort* (1975) 562.
29 Sien Visser *Kompensasie en Genoegdoening volgens die Aksie weens Pyn en Leed* (1980) 263 – 294.
30 Stoll 36; Munkman 19.
31 Winter 33; Burckhardt 473.

Die Afrikaanse ekwivalent daarvoor is "onmeetbaar" en "onvergelykbaar." Volgens Munkman is "incommensurable" 'n eienaardige woord om te gebruik ten einde die nie-kompenseerbaarheid van nie-vermoënskade te beskryf. Die betrokke uitdrukking is blykbaar uit die meetkunde afkomstig waar gesê word dat die omtrek en deursnit van 'n sirkel "incommensurable" is maar dat die verhouding tussen die twee groothede nietemin in breukvorm uitgedruk kan word.[33] Hierdie feit word deur Munkman[34] as aanknopingspunt gebruik om die kompensasie van nie-vermoënskade te regverdig en verduidelik. Alhoewel daar later in besonderhede aandag geskenk sal word aan die teorieë in verband met die kompensasiefunksie in gevalle van nie-vermoënskade, moet Munkman se teorie reeds in hierdie stadium bespreek word aangesien dit in der waarheid nie 'n volwaardige teorie in verband met die toepaslikheid van die kompensasiefunksie is nie. Hierdie teorie poog eintlik slegs om die kern van die probleem in verband met die kompensasie van nie-vermoënskade te omseil.

Munkman[35] erken die ooglopende feit dat geld nooit 'n ware ekwivalent vir persoonlikheidsnadeel kan wees nie, maar waarsku dat dié argument nie te ver gevoer moet word nie. Volgens hom is daar wat vermoënskade betref talle dinge waarvoor geld nie 'n plaasvervanger is nie maar wat nietemin 'n erkende geldelike waarde het aangesien die gemeenskap affektiewe waarde[36] verwerp en gewoonlik markwaarde aanvaar. Die beswaar dat hoogs persoonlike belange juis buite die handelsverkeer is,[37] word deur Munkman[38] verwerp met 'n beroep op die argument dat verhandelbaarheid geen vereiste in die bepaling van die waarde van iets is nie:

> "(I)f buying and selling are in theory necessary (which I do not accept), neither sale into slavery nor marriage for money are unknown."

Wat die verband tussen die hoogspersoonlike belange in verband met die fisiespsigiese integriteit aan die een kant, en slawerny en opportunistiese huwelike aan die ander kant is, verduidelik Munkman ongelukkig nie.

Ten einde te ontkom aan die probleme wat gebied word deur aan hoogspersoonlike belange 'n "markwaarde" te probeer gee, opper Munkman[39] 'n andersoortige argument:

> "It is true that nothing can be measured in terms of money until it is first given a money value – but monetary value is not inherent in anything, except money

32 Munkman 19.
33 t w $\frac{22}{7}$.
34 Munkman 19 – 21. Sien ook Druey *Die Forderung auf eine Geldzahlung zum Ausgleich für immaterielle Nachteile in Vergleich mit der Forderung auf Ersatz des Vermögensschadens nach schweizerischem Recht* (1966) 20: "(A)us der Unvergleichbarkeit der Werte dürfe kein Argument gegen die Ersatznatur gezogen werden; das Recht müsse öfters Gleichungen setzen, die durch die Natur nicht gegeben seien." Druey 43 se argument dat alle waardes psigologies gefundeer is, oortuig nie.
35 Munkman 18.
36 Munkman 19 noem dit "unique personal value."
37 bv Stoll 37.
38 Munkman 17.
39 Munkman 19.

itself. Values become attached to things by the common judgment of mankind: and this judgment can be applied to determine the fair value of an injury."

Hierdie beginsel word ook glo gedemonstreer in die geval van materiële objekte wat buite die handelsverkeer is en 'n unieke waarde het maar waaraan nogtans 'n algemene waarde gegee kan word. Ook hierdie argument van Munkman is nie aanvaarbaar nie. Die feit dat dit moeilik kan wees om die skade-omvang by vermoënskade sowel as nie-vermoënskade te bepaal, skep nie 'n gemene deler tussen die twee tipes skade nie.[40]

Munkman probeer verder om 'n "natuurlike" objektiewe geldwaarde op alle vorme van persoonlikheidsnadeel te plaas. Sy siening van die kompensasiefunksie by nie-vermoënskade kom dus op die volgende neer: Aan alle persoonlike belange kan 'n geldwaarde gegee word en indien die betrokke belang aangetas word, is die geldwaarde beskikbaar vir die vergoeding van die skade. Hierdie geldwaarde is nie 'n ware ekwivalent van die aangetaste hoogspersoonlike belang nie, maar is die beste waartoe die reg in staat is. Hierdie feit openbaar glo geen leemte in die vergoeding van nie-vermoënskade nie aangesien geld ook nie altyd in staat is om as volmaakte kompensasie vir vermoënskade te dien nie.

Hierdie teorie is in werklikheid geen *kompensasie*teorie nie[41] aangesien Munkman nie die probleem oplos nie maar dit wysig sodat die probleemelement (dit wil sê, die gebrek aan 'n natuurlike verwantskap tussen geld en hoogs persoonlike belange) uitgeskakel word. Munkman kom nooit by die vraag uit wat die beseerde persoon wat 'n bedrag geld ontvang het daarmee moet doen sodat dit 'n invloed op sy skade kan hê nie. Die kern van skadevergoeding is tog die invloed wat 'n geldbedrag op die skade het sodat die skade beperk of uitgewis word. Alhoewel dit nie dikwels so gestel word nie, is dit 'n logiese oogmerk van kompensasie dat die geld wat die eiser ontvang hom teoreties in staat moet stel om die aangetaste belang weer in sy oorspronklike potensiaal te herstel of te vervang. By belange wat voorwerpe van die handelsverkeer is, kan hierdie doel gewoonlik bereik word maar daar is ooglopend probleme in gevalle van nie-vermoënskade.

'n Meer verfynde maar eweneens 'n onaanvaarbare verskyningsvorm van die "Äquivalenztheorie"[42] word deur Lehmann[43] gepropageer. Sy standpunt kom daarop neer dat skade wat regstreeks aan ideële belange toegebring word,

40 Stoll "Empfielt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schäden?" in *Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages* bd I deel 1 (1964) 130 – 131 waarsku bv: "Der immaterielle Schaden darf nicht mit dem nicht-bezifferbaren Vermögensschaden verwechselt werden, mögen auch beide Schadensformen oft ineinander greifen."

41 Net so is Druey 68 – 71 se sg "Wertersatzgedanke" waarvolgens een waarde of belang altyd deur 'n ander waarde of belang verteenwoordig kan word, nie 'n teorie i v m kompensasie nie maar 'n uitbouing van die "Äquivalentztheorie" wat op 'n onrealistiese gelykskakeling van hoogspersoonlike belange aan vermoënsbelange neerkom.

42 d w s die teorie wat geld as 'n *ekwivalent* vir persoonlikheidsnadeel sien. Sien ook Remé 30; Kohler *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* bd 2 deel 1 (1906) 124; Kiessling 20 – 21.

43 Lehmann *Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter* (1884) 18.

wel met geld gekompenseer kan word aangesien materiële welstand 'n middel is om ideële goedere mee te verwerf.

Die beswaar teen die teorie van Lehmann is dat alhoewel daar enkele gevalle mag wees waar "natuurlike" of "wye" kompensasie net soos in die geval van vermoënskade bereikbaar is, dit nie in die algemeen waar is nie. Hierdie beperkte en direkte toepassing van die kompensasiefunksie kan in ieder geval net van toepassing wees by nie-ernstige aantastings van die fisies-psigiese integriteit.[44] Kompensasie geskied deurdat die geld wat die eiser ontvang, so aangewend word dat hy ander voordele ("Gegenvorteile")[45] bekom wat hom (deur die verwekking van genot of geluk) in staat stel om van sy nadele te vergeet:

> "Der Kompensationsgedanke wird in diesen drei Rechtsordnungen[46] gleich verstanden, nämlich als der Versuch, durch einen in einer Geldsumme verkörperten (positiven) Gleichwert der (negativen) ideelen Einbusse diese aufzuwiegen, Unlustgefühle durch Lustgefühle wettzumachen."

Die fout wat Lehmann maak is dus om aan 'n beperkte kompensasieteorie 'n te wye en algemene toepassingsgebied te wil verleen.

Alvorens verdere teorieë in verband met die kompensasie van nie-vermoënskade bespreek word, moet bepaalde besware teen sodanige kompensasie oorweeg word.

## 5 SEKERE BESWARE TEEN DIE KOMPENSASIE VAN NIE-VERMOËNSKADE

Daar is juriste[47] wat betoog dat kompensasie ten opsigte van nie-vermoënskade nie behoort te geskied nie aangesien kompensasie *feitelik* onmoontlik is. Dit gaan nie hier oor dieselfde argumente as wat in die Switserse en Oostenrykse reg[48] geopper word téén kompensasie en ten gunste van byvoorbeeld genoegdoening nie, maar ook die totale negering van nie-vermoënskade aangesien dit geen verband met geldelike skadevergoeding het nie.[49] Die betoog in verband met die onmoontlikheid van kompensasie is onaanvaarbaar aangesien dit 'n te beperkte siening van kompensasie openbaar.

In sy bespreking van die besware teen die vergoeding van nie-vermoënskade, opper Ribbius die kwessie van mediese uitgawes wat aangegaan word om nie-vermoënskade te beperk. Volgens Ribbius[50] het 'n mens met "vergoeding van onstoffelijke schade" te doen wanneer die *verweerder* wat iemand beseer het, 'n geneesheer voorsien om die benadeelde te behandel. Sou

44 Remé 153.
45 Remé 39.
46 die Franse, Duitse en Engelse reg.
47 bv Ribbius *De Omvang van de te Vergoeden Schade bij nietnakoming van Verbintenissen en bij Onrechtmatige Daad* (1906) 77 e v.
48 Sien hierbo.
49 Sien bv Ehlers *Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts* (1977) 177 – 179.
50 Ribbius 80.

die beseerde egter self 'n arts inroep en hom uit sy eie sak betaal, is dit "vergoeding van stoffelijke schade" indien hy later die geld van die verweerder verhaal. Hierdie betoog gaan klaarblyklik nie op nie want dit is moeilik om te begryp waarom die aard van die skade sou verander wanneer die identiteit van die persoon wat 'n geneesheer inroep, wissel.

Van belang is nietemin dat Ribbius[51] uitdruklik die argument verwerp dat dit verkeerd sou wees om nie-vermoënskade met geld te probeer kompenseer. Hy voeg by dat alhoewel direkte en volle kompensasie onmoontlik is, dit nie af te keur is dat 'n poging tot kompensasie aangewend word nie.

'n Gewilde standpunt is dat dit immoreel is om nie-vermoënskade te vergoed aangesien ideële waardes sodoende gekommersialiseer word.[52] Hierdie siening word ook gedeeltelik weerspieël in die Pruisiese landreg[53] wat net kompensasie vir pyn en leed aan boere en die laer burgery toegestaan het. Stoll[54] lei hieruit af dat "hoër morele" standaarde van byvoorbeeld adellike persone geverg is. Dit behoef weinig betoog dat hierdie gedagtegang vandag min oortuigingskrag besit.

Ook die kommunistiese regstelsels maak melding van die immoraliteit daarvan om nie-vermoënskade te kompenseer. Die argument in hierdie verband word soos volg geformuleer:[55]

> "In bourgeois countries there is the so-called compensation for mental losses. This is directly connected with the bourgeois attempt to make the relations between men the relation of callous 'cash-bargain.' Only the bourgeoisie thinks that mental suffering can be cured by money and, like commodities, can be exchanged for currency. In Socialist countries man is the most valuable wealth in society. The life and health of a man cannot be estimated in terms of money. Therefore, in the case of personal injury, the doer is liable to pay compensation only when such injury results in property losses."

Dit is nie moeilik om hierdie skynheilige betoog te ontsenu nie. Die voorkeur wat kommunistiese regstelsels aan die beskerming van vermoënsbelange verleen, kan eweneens as materialisties bestempel word.

Die kompensasie vir nie-vermoënsnadeel is ook aanvanklik deur Islamitiese regstelsels verwerp. In die afgelope aantal jare het talle Arabiese state egter regskodes ingevoer wat afwyk van die Islamitiese tradisie en waarin die Franse stelsel van vergoeding vir "dommage moral" aanvaar word.[56]

Nie een van die besware teen die vergoeding van nie-vermoënskade wat hierbo bespreek is, het enige oortuigingskrag nie. Stoll[57] som die posisie soos volg op:

51 Ribbius 82.
52 Sien bv Hartmann "Der Civilgesetzentwurf: Das Aequitätsprincip und die Richterstellung" 1888 *AcP* 309 364.
53 ALR § 112 en § 113 I 6.
54 Stoll (1971) 38.
55 McGregor "Personal Injury" in *International Encyclopedia of Comparative Law* bd XI hfst 9 (1972) 19–20.
56 Stoll (1971) 40.
57 Stoll (1971) 37.

"However, most legal systems do not exclude the idea of compensation with respect to non-pecuniary losses and employ the concept of idemnification or compensation for the adjustment of non-pecuniary harm as well as in connection with pecuniary losses. In favor of this view it can be argued that the adjustment of non-pecuniary losses by the payment of money is in essence not different from the compensation of non-measurable economic losses."

Die argument in die laaste sin van die aanhaling beteken nie dat daar werklik 'n gemene deler tussen nie-vermoënskade en moeilik berekenbare vermoënskade bestaan nie. Dit beteken eenvoudig dat die feit dat moeilik berekenbare vermoënskade wel as kompenseerbaar beskou word, 'n gerieflike *praktiese* rede bied om (moeilik berekenbare) nie-vermoënskade ook te kompenseer.

## 6 TEORIEË IN VERBAND MET DIE KOMPENSASIE VAN NIE-VERMOËNSKADE

Dit help nie om by die geskil oor die kompensasiefunksie met betrekking tot nie-vermoënskade te volstaan met die vae argument dat dit "beter" is om die betrokke skade te probeer kompenseer as om dit nie te kompenseer nie.[58] In die lig van die algemene onmoontlikheid daarvan om nie-vermoënskade *direk* te kompenseer, is dit duidelik dat daar besondere regsteorieë ontwikkel moet word ten einde aan die kompensasiefunksie 'n realistiese en funksionele rol toe te ken. Talle sodanige teorieë is al ontwikkel en die algemene strekking daarvan is dat alhoewel geld geen natuurlike ekwivalent vir die hoogs persoonlike liggaamlike en psigiese belange is nie, geld in baie gevalle redelikerwys 'n bydrae kan maak om die skade te verminder, te beperk of selfs uit te wis.

'n Belangrike aspek om in gedagte te hou, is dat wanneer geld in staat is om *direk* 'n invloed op persoonlikheidsnadeel uit te oefen, dit nie gaan om die kompensasie van nie-vermoënskade nie, maar wel om vermoënskade.[59] Voorbeelde hiervan is onkoste wat aangegaan word vir die verkryging van medisyne en hospitalisasie sowel as koste vir die ondergaan van operasies. Die uitgawes wat in sodanige gevalle aangegaan word, het ten doel om die feitelike basis van die persoonlikheidsnadeel te verwyder of die nadelige invloed daarvan te verminder. Ook die uitgawes in die aanskaffing van protheses, rolstoele, ensovoorts word beskou as behorende tot die sfeer van vermoënskade. Dit is duidelik dat kunsledemate en soortgelyke hulpmiddels 'n tipe van restitusie bewerkstellig, al sou dit net gedeeltelike restitusie wees. So kan die verlamde persoon weer voortbeweeg met behulp van 'n rolstoel en kan die persoon wat 'n hand verloor het, met 'n kunshand oor die weg kom. Daar kan ook moeilike gevalle voorkom waar dit onduidelik is of 'n mens met 'n vermoënsverlies of

58 bv Wolfsbergen *Onrechtmatige Daad* (1946) 190.

59 Ronse 398 gee hierdie beginsel i v m misvorming soos volg weer: "Indien het slachtoffer bereid is zich te dien einde aan een heelkundig ingrijpen van aesthetische aard te onderwerpen, kan de aansprakelijke tot de kosten ervan veroordeeld worden. Meestal echter, vermits het aan het slachtoffer behoort de keuze te doen, en dit kosten met zicht brengt, zou men dit als economische schade kunnen aanzien."

'n nie-vermoënsverlies te doen kry. In byvoorbeeld die geval van 'n persoon wat sy gesigsvermoë verloor het, is dit onduidelik of die uitgawes wat hy moet aangaan om blindeskrif aan te leer, vermoënskade of nie-vermoënskade is. Die kern van die saak is dat kompensasie met betrekking tot nie-vermoënskade die oogmerk het om die skade wat nie *direk* deur die besteding van geld verminder of uitgeskakel kan word nie, te kompenseer.

## 6 1 Die Lust-für-Leid-Gedanke

Dié teorie in verband met die kompensasie van nie-vermoënskade het tot inhoud dat 'n persoonlikheidsnadeel ongelukkigheid by die eiser veroorsaak en dat hierdie leed verminder kan word deur die potensiële gelukkigheid wat in 'n geldbedrag opgesluit is.[60] Hierdie teorie is eintlik net 'n beter uitgewerkte weergawe van die siening van Lehmann waarna vroeër verwys is.[61] Dit berus op die uitgangspunt dat die "negatiewe" gevoelens wat met 'n persoonlikheidsnadeel gepaard gaan, met behulp van geld vir 'n bepaalde tyd verdring of verminder kan word.[62] Hierdie teorie sien geld nie as 'n "heelmiddel" vir die wonde nie maar as 'n tipe susmiddel wat die eiser moet help om van die onaangenaamhede in verband met sy benadeling te vergeet.[63] Die ongelukkigheid van die benadeelde word gesien as 'n konstante gegewe met 'n bepaalde intensiteit wat deur lusgevoelens van 'n sekere intensiteit verminder of verdring kan word. Hierdie teorie is al gekritiseer omdat dit na aan die verwerplike "Äquivalenztheorie" is en Hedonisme as grondslag het.[64] Eickhoff[65] kritiseer die lus-en-leedteorie nie soseer weens dogmatiese redes nie, maar omdat dit volgens hom nie rekening hou met die wese van persoonlikheidsnadeel nie. Volgens Günther[66] is die hele idee van "Restitution in Lebensfreude" eintlik 'n *contradictio in terminis.*

Knöpfel[67] se siening kan ook aangehaal word:

> "Da ein unmittelbarer Vergleich von Geld mit immateriellen Gütern nicht möglich ist, bleibt nur der Weg denkbar, eine Hilfsgrösse einzuführen in Gestalt von Gütern, deren Besitz ein dem seelischen Leid entsprechendes Äquivalent an Lust bietet und deren Preis in Geld veranschlagt werden kann (sog. Naturalrestitution in lebensfreude). Dieser Betrag könnte es dem Verletzten ermöglichen, sich als gewissen Ausgleich für seine Leiden andere Annehmlichkeiten des lebens zu verschaffen."

Die sterkste bedenkinge wat Knöpfel teen die "Lust-für-Leid-Gedanke" opper, het te doen met die feit dat indien die betrokke teorie realisties wil wees, dit

60 Remé 39; Ronse 406.
61 Sien hierbo.
62 Druey 44 60.
63 Remé 39.
64 Eickhoff 66 vn 1.
65 *ibid.*
66 Günther *Schmerzensgeld* (1964) 59. Sien ook Knöpfel "Billigkeit und Schmerzensgeld" 1956 *AcP* 135.
67 Knöpfel 143; Kahn-Freund "Expectation of Happiness" 1941 *MLR* 81 94.

voorsiening moet maak vir die feit dat materialistiese mense reuse bedrae sal moet ontvang om die geluksbalans by hulle te herstel.

Hiermee dring Knöpfel tot 'n belangrike kwessie deur. Die onderhawige kompensasieteorie het as uitgangspunt die *persoonlike* teorie betreffende persoonlikheidsnadeel[68] en konsentreer op die ongelukkigheid van die besondere benadeelde. Dié teorie laat dit in effek aan die benadeelde oor om die omvang van die skadevergoeding wat hy wil ontvang, te bepaal deurdat die benadeelde in sy bewussyn die omvang van sy skade beïnvloed deur sy persoonlike reaksie (affektiewe skade) op die "objektiewe" nadeel. Ten einde aan die onhoudbaarheid van hierdie gevolgtrekking te ontsnap, voer die aanhangers van hierdie teorie aan dat die reg met 'n (objektiewe) "Durchschnittmasstab" werk om in elke geval die ongelukkigheid van die benadeelde te bepaal.[69] Terselfdertyd word aan die hand van 'n objektiewe maatstaf (byvoorbeeld die fiktiewe redelike man) vasgestel hoeveel lusgevoelens (wat dan in geld beliggaam word) redelikerwys nodig sal wees om as teenwig vir die ongelukkigheid te dien.

Aangesien die Engelse reg op die oomblik[70] nie die persoonlike teorie aanvaar nie, is dit vanselfsprekend dat die idee om ongelukkigheid deur gelukkigheid te probeer "kompenseer," nie toepassing vind nie. Die gevolg hiervan is dat sekere regters die ongelukkigheidselement op heel kunsmatige wyse probeer wegredeneer:[71]

> "Wealth and fine physique clearly do not ensure happiness, nor do poverty or disablement necessarily entail unhappiness. Money is a false standard of assessment of man's inner feelings although, no doubt, it plays a part in the enjoyment of life of many. The man who enjoyed playing football on a Saturday afternoon may be as inwardly content, if disabled, in watching others play it, either directly or on television or in any other occupation. If this were to be established, I do not see why it should prevent his being compensated for being unable to play football. Can it be said that a man who has lost a leg above the knee is any less happy than if he had lost it only below the knee? I do not think it follows at all, but he might well be awarded more for the physical injury because he would be more handicapped in all probability in doing all he could have done before."

Die afwesigheid van ongelukkigheid en aanvaarding van sy omstandighede deur die benadeelde wat hier geskets word, dui in werklikheid op die *oogmerk* van kompensasie – dit is presies die toestand wat deur kompensasie bewerkstellig moet word. Inderdaad is dit foutief om ongelukkigheid as 'n maatstaf vir die bestaan of omvang van 'n persoonlikheidsnadeel enersyds te verwerp, maar andersyds juis met 'n beroep op die bestaan van gelukkigheid (of gebrek aan

68 Volgens dié teorie is die wese van persoonlikheidsnadeel die ongelukkigheid wat deur 'n besering veroorsaak word. Sien Ogus 195; Visser 1981 *THRHR* 120 128.

69 Sien ook Van der Merwe en Olivier "Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg" (1980) 192.

70 Sien die verslag van die "Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury" par 360.

71 Vgl *Wise v Kay* 1962 1 All ER 257 264E – G. Sien ook "West v Shephard" 1963 2 All ER 625D – F. Vgl egter Kahn – Freund 86.

ongelukkigheid) weens die aanvaarding van sy terugslag deur die eiser, die beginsel te stel dat ongelukkigheid irrelevant is.

Aangesien die kompensasieteorie onder bespreking konsentreer op die ongelukkigheid (affektiewe skade) van die eiser, moet dit duidelik wees dat daar nie ruimte vir kompensasie is wanneer die eiser byvoorbeeld permanent bewusteloos is nie.

Remé[72] meen ook tereg dat die kansellering van ongelukkigheid deur kunsmatig verwekte gelukkigheid volgens hierdie teorie die swakheid het dat dit nie in werklik ernstige gevalle 'n voldoende grondslag vir kompensasie bied nie. In die gevalle van ernstige beserings is daar 'n lewenstremming wat die geestelike weerstandsvermoë van die eiser met betrekking tot sy lewenslot verswak.

Kiessling voer 'n uitvoerige bespreking oor die sogenaamde "Saldierung"-teorie. Hierdie woord is afgelei van die werkwoord "saldieren" wat beteken om reg te maak of te vereffen. By 'n nadere ondersoek blyk "Saldierung" eenvoudig die "Lust-für-Leid-Gedanke" te wees. Die *subjektiewe* verskyningsvorm van die "Saldierungslehre" word soos volg deur Kiessling[73] opgesom:

> "Der der Saldierungslehre zugrunde liegende Gedanke eines individuellen 'Lust'-Ausgleichs, einer Restitution der Lebensfreude, muss notwendig das 'verlorene Gleichgewicht' im Einzelfall zu reparieren suchen. So gut der Verletzte seine ja eigenen Schmerzen leidet, so gut muss ihm die je eigene Entschädiging geleistet werden; es gibt hier keine allgemeingültigen Masstäbe, sondern eben nur den einen sicheren Masstab subjektiver Art: Dem Verletzten muss das Quantum 'Lebensfreude' verschafft werden, das ihm persönlich den Ausgleich seiner Leiden verschafft."

Die geld wat toegeken word, maak dus kompensasie moontlik deur die psigomeganiese uitwerking van die betrokke bedrag.

Daar bestaan ook 'n *objektiewe* verskyningsvorm van die "Saldierungslehre":[74]

> "Diese objektivierende – vergleichende – Methode der Schmerzensgeldbemessung bedeutet regelmässig keine Abweichung von dem Prinzip der 'Naturalrestitution in Lebensfreude', das die subjektive Saldierungslehre beherrscht. Ebensowenig lässt sich sagen, dass die Höhe des auszugleichenden Leides nicht als der alleinige Masstab der Schmerzensgeldbemessung diene."

Die objektiewe beskouing kom daarop neer dat 'n tipe deursnee-maatstaf (waarna vroeër verwys is) aanvaar word om die kompensasiebedrag te bepaal. Dit is duidelik dat Kiessling die saak te wyd aansny waar hy probleme in verband met *quantum*-bepaling insluit by teorieë oor kompensasie. Die wyse waarop 'n geldbedrag as kompensasie bepaal word, mag 'n aanduiding wees van die besondere metode waarop kompensasie moet geskied. Die probleme in

72 Remé 40; Von Beauvais *Das Verhältnis von Vermögens- und Nichtvermögensschaden unter besonderer Berücksichtigung des Schmerzensgeldes* (1956) 185 e v.
73 Kiessling 43.
74 Kiessling 52.

verband met die rol van die kompensasiefunksie betrek egter primêr die vraagstuk van hoe 'n skadevergoedingsbedrag (op welke wyse ook al bepaal) die omvang van die skade gaan beïnvloed. Dit is juis om hierdie rede dat Munkman[75] se teorieë in verband met die gee van 'n geldwaarde aan hoogs persoonlike belange nie help om kompensasie te verklaar nie aangesien die werklike probleem op dié wyse slegs omseil word. Dieselfde beswaar kan geopper word teen die sogenaamde objektiewe "Ausgleichslehre" wat as uitgangspunt aanvaar dat al sou 'n benadeelde in feite nie tevrede wees met die bedrag wat hy as skadevergoeding vir persoonlikheidsnadeel ontvang nie, hy nietemin daarmee tevrede moet wees.[76]

Daar is in die Suid-Afrikaanse regspraktyk aanknopingspunte te vind vir die "Lust-für-Leid-Gedanke." In *Geldenhuys v SAR & H*[77] is beslis dat 'n bedrag aan die eiser gegee moet word "that can be usefully employed in alleviating the plaintiff's unhappy condition . . ." In 'n ander saak het die hof selfs so ver gegaan om te verklaar dat die vergoeding wat aan die eiseres gegee word, gebruik kan word om sake vir haar familie gerieflik te maak en dat sy sodoende genot daaruit kan put.[78] In *Van den Berg v Motor Union Insurance*[79] is die moontlikheid genoem dat die geld wat die eiseres ontvang, haar in staat kan stel om "kompenserende" stokperdjies te beoefen vir dié wat sy verloor het.[80] 'n Resente toepassing van 'n kompensasieteorie wat klop met die "Lust-für-Leid-Gedanke" in verband met die verkryging van geluk, vermindering van ongelukkigheid en verbetering van die posisie van die eiser, is te vind in *Marine & Trade Insurance v Katz:*[81]

> "Moreover, other ways in which the money could be used to alleviate her lot in life or bring her pleasure or consolation are nof difficult to conceive. Some electronic devices were mentioned at the trial that might be useful; for example, one to switch on or off her radio and television set, a gadget to turn the pages of books or magazines, a reading machine, and other such appliances which would enable her to use her very limited motor powers to do things for herself. Some person or persons could be engaged to pay her social visits to entertain her or relieve her boredom . . . The point to emphasize is that, since she still fully retains her intelligence and normal mentation . . . ways and means can and doubtlessly will be found to use the award to her best advantage."

### 6 2 Beihilfegedanke[82] en Überwindungsgedanke[83]

Alhoewel Druey[84] tussen die twee vermelde teorieë onderskei, wil dit voorkom of die ooreenkomste wat tussen die twee bestaan dit moontlik maak om hulle

75 Munkman 19 e v.
76 Kiessling 57 e v.
77 1964 2 SA 230(K).
78 *Haywood v Parity Insurance*; Corbett en Buchanan *The Quantum Damage in Bodily and Fatal Injury Cases* bd I 188 191.
79 Corbett en Buchanan bd I 5 33.
80 Vgl ook *Roux v Minister of Sport;* Corbett en Buchanan bd II 157 160.
81 1979 4 SA 961(A) 983E – G.
82 Kiessling 129 e v.
83 Remé 53 e v.
84 Druey 60.

gelyktydig te behandel. Slegs die term "Überwindungsgedanke" sal in hierdie verband gebruik word.

Die beginsel van die "Überwindungsgedanke" is dat die ontvangs van geld die benadeelde moet help (deur die verskaffing van groter ekonomiese vryheid) om oor sy persoonlikheidsnadeel te triomfeer. Daar kan aanvaar word dat die noodsaaklikheid vir 'n ander teorie naas die een in die vorige afdeling bespreek, geleë is in die feit dat dit by ernstige beserings onmoontlik is om die veroorsaakte ongelukkigheid te kompenseer met kunsmatig verwekte "geluk" en susmiddels.[85] Eickhoff[86] meen dat die vereiste "Lebensfreude" by ernstige beserings nie bloot deur die handeling van 'n derde (dit wil sê deur die betaling van 'n bedrag geld) bereik kan word nie. 'n Verdere vereiste vir kompensasie in ernstige gevalle is dat daar 'n bepaalde gesindheid en aktiwiteit by die benadeelde moet wees. Oor die "Überwindung"-funksie van "Schmerzensgeld" laat Eickhoff[87] hom soos volg uit:

> "Eine Verminderung des eingetretenen Schadens ist nur unter der Voraussetzung möglich, dass dem Verletzten eine Reduzierung der durch die Verletzung bedingten subjektiven Lebenshemmung gelingt. Die Qualifizierung des Schmerzensgeldes als Mittel zur Vershaffung äquivalenter Gegenvorteile, d.h. als Schadensersatz im eigentlichen Sinne, ist nicht möglich weil die vor dem Verletzten liegende Aufgabe in der *Reduzierung* der verursachten Lebenshemmung, nicht aber in der Vershaffung eines 'Ausgleichs' durch entgegengesetste Lustgefühle liegt."

Hierdie teorie bewerkstellig volgens Eickhoff 'n radikale breuk met die sogenaamde "Ausgleich"-teorie. Alhoewel die "Überwindung"-teorie weliswaar die debat oor die funksie van "Schmerzensgeld" in 'n nuwe rigting gestuur het,[88] is dit nie so 'n innovasie as wat Eickhoff meen nie.[89] Dit is weliswaar so dat die geestelike krag en deursettingsvermoë van 'n persoon met permanente letsels deurslaggewende faktore is in verband met die benadeelde se vermoë om die terugslag te oorkom. Dit is egter nog nie duidelik hoe 'n geldbedrag hom hiermee gaan help nie want Eickhoff[90] meld uitdruklik dat die verligting van die benadeelde se materiële sorge deur die geld net 'n beskeie rol speel. Remé[91] interpreteer die "Überwindung"-teorie só dat die geld wat die eiser ontvang, sy (psigiese) ingesteldheid ten opsigte van sy benadeling moet beïnvloed:

> "Denkt der Verletzte nicht an sein Leiden, so verliert es für ihn an Bedeutung, er kann sich anderen Dingen zuwenden, mit diesen sein Leben ausfüllen und dadurch das Leiden verdrängen oder jedenfalls zurückdrängen."

85 Remé 40.
86 Eickhoff 78.
87 Eickhoff 74.
88 bv Remé 52.
89 Sien BGHZ 18 154 = 1955 *NJW* 1675 waar die doel van "Schmerzensgeld" o a soos volg geformuleer word: "dass der Schädiger, der dem Geschädigten üben den Vermögensschaden hinaus das Leben schwer gemacht hat, nun durch seine Leistung dazu helfen soll, es ihm im Rahmen des Möglichen wieder leichter zu machen."
90 Eickhoff 79.
91 Remé 53.

Alhoewel daar geen fout te vind is met hierdie uiteensetting nie, wil dit lyk of die "Überwindung"-teorie soos hier verduidelik geen wesenlike verskille met die "Lust-für-Leid Gedanke" openbaar nie. Laasgenoemde teorie gaan nie so ver as om "Überwindung" uitdruklik as oogmerk te noem nie maar verskaf ook dieselfde psigo-meganiese middel (geld) wat die benadeelde moet help om 'n gelukkiger of gemakliker lewe te lei.

Die verskil tussen kompensasie deur die verwekking van "geluk" en kompensasie ingevolge die oorwinningsteorie is vir Remé[92] daarin geleë dat by eersgenoemde net die skade-omvang van belang is, terwyl by laasgenoemde die objektiewe moeilikheidsgraad om oor die nadeel te oorwin, as 'n maatstaf gebruik word ten einde die kompensasiebedrag te bepaal wat die geestelike weerstand van die benadeelde moet versterk. Remé[93] verwerp die gedagte dat die "Überwindung"-teorie die genoegdoeningsfunksie met die kompensasiefunksie vermeng aangesien elke funksie aan 'n eiesoortige stel beginsels ontleen word.

Druey[94] vergelyk die oorwinningsfunksie wat met behulp van geldelike kompensasie moet geskied met 'n reddingsbaadjie wat 'n drenkeling net kan *help* aangesien die drenkeling sy eie krag ook moet gebruik. Die geld wat 'n benadeelde ontvang, bied aan hom nuwe geleenthede en nuwe mikpunte wat nagestreef kan word. Druey brei verder uit[95] op die teorie soos hierbo geskets en voeg by dat dit nie net die feit is dat geld aan die benadeelde verskaf word wat van belang is nie, maar ook die feit dat die benadeelde *weet* dat hy deur die regsorde *gehelp wil word.*

'n Belangrike aspek van die "Überwindung"-teorie is die feit dat die geldelike posisie van die eiser nie van deurslaggewende belang is nie. Aangesien die geld wat die benadeelde moet help om sy nadeel te oorwin nie primêr gemik is op die verwekking van lusgevoelens nie, speel die subjektiewe waarde van geld vir die eiser (ryk of arm) geen rol nie.[96] Die geldbedrag wat geëis word om die benadeelde te help om sy leed te bowe te kom, word vasgestel sonder verwysing na die vermoënsposisie van die eiser. Indien 'n bepaalde geldsom aan 'n arm persoon 'n bepaalde toename in ekonomiese vryheid verskaf, kan dieselfde geldsom vanselfsprekend nie aan 'n ryk persoon dieselfde toename in ekonomiese vryheid bied nie. Dit maak egter nie saak nie aangesien die ryk persoon immers reeds oor 'n groot mate van ekonomiese vryheid beskik.

Die "Überwindung"-teorie kan net relevant wees wanneer die benadeelde insig in sy eie toestand het en die wil kan ontwikkel om oor sy benadeling te triomfeer. Alhoewel hierdie teorie juis ontwerp is vir die geval van ernstige benadelings, is dit nutteloos in die ernstigste gevalle wanneer breinbeserings of permanente bewusteloosheid voorkom. In sodanige gevalle kan die nodige aktiwiteit aan die kant van die benadeelde nie plaasvind nie.

92 Remé 54.
93 Remé 55 – 56.
94 Druey 66.
95 Druey 67.
96 Remé 94; Eickhoff 106.

Enkele aanknopingspunte vir die "Überwindung"-teorie in die Suid-Afrikaanse regspraktyk word vervolgens ondersoek: In *Parity Insurance v Hill*[97] kom die volgende *dictum* voor:

> "The learned judge *a quo* remarked upon the respondent's positive and courageous approach to the misfortune which befell her so undeservedly, and it seems certain that she will be able so to adapt herself that she will live a reasonably normal and happy life, despite the physical impairment referred to above."

Uit hierdie uitspraak is dit duidelik dat die eiseres wat veelvuldige beserings aan haar vel, longe, ribbes, knie, voete en rug opgedoen het, die subjektiewe "Lebenshemmung"[98] na alle waarskynlikheid uit die weg sal kan ruim.

'n Uitdruklike verwysing na die psigiese weerstandsvermoë van 'n benadeelde kom ook voor in *Naidoo v Rondalia Assurance Corporation*:[99]

> "In all these cases there is a further matter that has some relevance – namely the attitude of the patient. It is notorious that some people have the courage to endure the embarrassment and discomfort of the kind of situation in which the plaintiff finds himself and have the will to survive; others lose the desire to live."[100]

Daar is dus voldoende gesag om te verklaar dat die "Überwindung"-gedagte as 'n besondere faset van die kompensasiefunksie ook in Suid-Afrika aangetref word.

'n Leemte wat daar bestaan in verband met die teorie onder bespreking, is dat die wyse waarop die geld aangewend moet word om 'n bydrae te lewer tot die versterking van die weerstandsvermoë van die eiser, nog nie voldoende ondersoek en vasgestel is nie. Dit is nie voldoende om net te beweer dat die geld wat die benadeelde ontvang sy ekonomiese vryheid vergroot nie; die ekonomiese vryheid (net soos die geld self) het geen noodwendige verband met die wil van die benadeelde om die terugslag te oorkom nie. Hierdie leemte kan veroorsaak dat daar nie 'n duidelike *regs*inhoud aan die oorwinningsteorie gegee kan word nie; dit berus grotendeels op die (toevallige) persoonlike eienskappe van 'n benadeelde. Om die oorwinningsteorie vir die skadevergoedingsreg bruikbaar te maak, sal daar in elke geval presies aangedui moet word

97 Corbett en Buchanan bd I 680 688.
98 lewensstremming – Remé 52.
99 Corbett en Buchanan bd I 805 808.
100 Vgl verder *Goodall v President Insurance* 1978 1 SA 389 (W) 391H: "Although he (die eiser) described the frustration he had encountered in his work, there was no evidence of despair. On the contrary, I gained the impression that he has been applying himself to the task of self-rehabilitation . . ."; sien ook *Bezuidenhout v Berman* 1929 OPD 148 163: "Dr. Theron thinks that the anaesthetic area will not be a permanent thing (the subjective element being a factor in the question), but that one cannot say definitely that there will be improvement – though he considers that the probabilities are decidedly that way. But even so, that may presumably take some time. He thinks that recovery partly depends on the will to recover – that the plaintiff has treated herself too much as an invalid." Die "Überwindung"-funksie is al in die moderne Engelse regspraak ook vermeld. In *Povey v Governors of Rydal School* 1970 1 All ER 841 843j kom die volgende voor: "He (die eiser) is a young man acknowledged on all sides to be of great courage and fortitude. If any man can be said to have triumphed over disaster, it can be said of the plaintiff."

welke rol die geld wat die verweerder moet betaal waarskynlik in die eiser se oorwinningspoging gaan speel.

## 7 'N OMVATTENDE KOMPENSASIEFUNKSIE BY NIE-VERMOËNSKADE

Uit die twee pas bespreekte teorieë, wat die belangrikste teorieë in verband met die kompensasiefunksie is, blyk dit dat 'n mens daar in gevalle van nievermoënskade met 'n *onvolkome* of *onvolmaakte* kompensasiefunksie te doen kry.[101] Uit die aard van die saak is volmaakte kompensasie hier nie moontlik nie. Hierdie gebrek bied egter geen beginselbeswaar teen die toepaslikheid van die kompensasiefunksie nie.

In die algemeen moet aanvaar word dat enige teorie van kompensasie wat berus op 'n gelykskakeling van hoogs persoonlike belange en vermoënsbelange, nie aanvaarbaar is nie omdat dit die werklike probleem deur 'n kunsgreep probeer ontwyk.

In die daarstelling van 'n omvattende kompensasieteorie behoort die "Lust-für-Leid-Gedanke" en die "Überwindungsgedanke" gekombineer te word.[102] Die grondslae van dié twee teorieë is versoenbaar en hulle vul mekaar aan. In die geval van ernstige en omvattende nie-vermoënskade, sal die beginsels onderliggend aan die "Überwindungsgedanke" voorop staan aangesien die klem dan val op die mobilisasie van die totale geestelike weerstandsvermoë van die eiser in sy stryd om sy terugslag te oorkom.[103] Die oogmerk met die "Überwindung"-teorie is nie om 'n fisiese wrak met die swaai van 'n towerstaffie in 'n gesonde mens te verander nie,[104] maar om die persoonlikheidsnadeel in sy raakpunt met die menslike bewussyn, dit wil sê met betrekking tot affektiewe skade, te beïnvloed. Daar moet aanvaar word[105] dat ongelukkigheid nie 'n vereiste vir die *bestaan* van 'n persoonlikheidsnadeel is nie. Dit kan egter 'n subjektiewe onderdeel daarvan uitmaak. Dit beteken egter nie dat die subjektiewe element (ongelukkigheid, sentimentele verlies of affektiewe skade) vir die skadevergoedingsreg irrelevant is nie aangesien dit juis dié faset is wat die werklik kompenseerbare element van die nadeel daarstel. Affektiewe skade bestaan in die bewussyn van die benadeelde en net so rig die "Überwindung"-funksie hom op rehabilitasie deur die gunstige beïnvloeding van die bewussyn: As die benadeelde deur middel van geldelike skadevergoeding beïnvloed kan word om te *dink* dat hy ten spyte van sy fisiese gestremdheid nog wil lewe en hom met sy lot versoen, het hy sy nadeel oorkom. In so 'n geval is dit korrek om te sê dat voldoende kompensasie plaasgevind het.[106]

101 Ehlers 179: "Die Inkommensurabilität ideeller Werte und Güter macht aus dem-messbaren – Geldersatz notwendig ein *imperfektes Schadensersatzmittel*." Sien ook Munkman 4.
102 Ehlers 175; Stoll (1964) 154; Remé 32 134.
103 Remé 153.
104 *The Mediana* 1900 AC 113 116.
105 Visser 1981 *THRHR* 120 ev.
106 ten spyte van die feit dat die objektiewe deel van die persoonlikheidsnadeel nog bly voortbestaan.

By persoonlikheidsnadeel wat nie 'n bestaanskrisis en lewensbelemmering vir die benadeelde skep nie is die "Lust-für-Leid-Gedanke" gewoonlik voldoende grondslag vir kompensasie. Hier word die affektiewe skade beïnvloed deur die feit dat die geldsom wat die eiser ontvang, voldoende "Gegenvorteile" maak om die ongelukkigheid te verdring. Is die eiser so neuroties dat hy in geval van nie-ernstige beserings ook oor die persoonlikheidsnadeel moet "seëvier," kan die "Überwindungsgedanke" ter sprake kom.

Dit blyk dus dat 'n mens, na gelang die aard en omvang van 'n persoonlikheidsnadeel, met twee verskyningsvorme van die kompensasiefunksie te doen kry. Hierdie standpunt hou ook in dat 'n *funksionele* (praktiese) uitgangspunt aanvaar word aangesien die kompensasiefunksie in enige van sy verskyningsvorme net relevant is indien die persoonlikheidsnadeel wel gunstig beïnvloed kan word. Dié beïnvloedingsmoontlikhede hou direk verband met die bewussyn en intellektuele vermoë van die benadeelde. Indien kompensasie nie kan plaasvind nie, is dit net die genoegdoeningsfunksie (as *ultima ratio* van die deliktereg) wat oorbly.

BUTTERWORTH-PRYS

*Dit doen die redaksie genoeë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eersteling-bydrae van 1982 toegeken is aan:*

DP VAN DER MERWE
(*Professor aan die Universiteit van Port Elizabeth*)

*Die Butterworth-prys – regsboeke ter waarde van R100 – word deur die uitgewer beskikbaar gestel aan die outeur wat in die bepaalde kalenderjaar die beste artikel vir publikasie in die* Tydskrif *aan die redakteur stuur.*

*Die artikel moet die eerste substansiële bydrae wees wat die skrywer vir publikasie in 'n regswetenskaplike tydskrif aanbied. Dit moet by voorkeur oor 'n onderwerp van die Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet getik en in alle opsigte persklaar wees. Die redaksiekomitee behartig die beoordeling aan die einde van die kalenderjaar. Die redaksiekomitee behou hom die vryheid voor om die prys nie toe te ken nie indien die artikels wat ontvang is, na sy mening toekenning nie regverdig nie. Verskeie bydraes van 'n besondere outeur kan gesamentlik in aanmerking geneem word.*

# Die beheersregspersoon by deeleiendom – 'n noodsaaklike rariteit

GJ Pienaar
*B Jur et Comm LLB*
*Senior lektor in die Privaatreg aan die Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

**SUMMARY**

**The body corporate in regard to sectional titles**

Otherwise than in most European legal systems, statutory juristic persons as well as common law juristic persons are to be found in South African law.

Although statutory juristic persons have to comply with certain formalities before jusristic personality will be bestowed upon them, no such formalities need to be complied with by common law juristic persons. The latter have, however, to display a number of characteristics before they obtain juristic personality, namely:

1 There must be an entity, composed of an organ or organs, which obtains rights and duties apart from the rights and duties of the individuals comprising the entity.
2 The entity must have an interal power structure which continues in spite of changes in its organs or members; such members are free to resign at any stage.
3 The entity must have a common object, which may not be illegal or *contra bonos mores.*

The aim of this article is to indicate how the characteristics of the body corporate in terms of the Sectional Titles Act 66 of 1971 differ from those displayed by the common law juristic person and to determine whether these differences are practical and efficient.

It is contended that the controlling functions imposed on the body corporate by the Sectional Titles Act are frequently the source of contradictions, especially when the building is destroyed or deemed to be destroyed. The controlling function of the body corporate must either be extended to the power of disposal and alienation of the common property, or the Sectional Titles Act must be amended in such a way that the body corporate becomes the owner of the common property and has the right to manage all the affairs regarding the common property strictly according to the rules embodied by the said act, but on a much wider basis than mere control over the common property.

If this solution is adopted it will not always be the duty of the court to solve conflicts between sectional owners in the first instance, but the court will be the last resort if the body corporate is unable to solve the dispute.

## 1 INLEIDING

In die Suid-Afrikaanse reg kom daar, in teenstelling met die meeste Europese regstelsels, sowel gemeenregtelike as statutêre regspersone voor. Die meeste Europese regstelsels reël alle aspekte rakende die ontstaan, funksionering en beëindiging van regspersone vanweë kodifisering deur wetgewing. Sodanige

regstelsels skryf verder voor dat volledige regspersoonlikheid alleenlik verleen word indien registrasie van die regspersoon plaasvind. Regspersoonlikheid word dan nie verleen alvorens die registrasiehandeling afgehandel is nie.[1]

Die statutêre regspersone wat tans deur wetgewing in die Suid-Afrikaanse reg in die lewe geroep is, moet meestal, hoewel nie in alle gevalle nie, aan bepaalde formele voorvereistes (soos registrasie) voldoen alvorens regspersoonlikheid aan hulle toegeken word,[2] terwyl organisasies wat aanspraak maak op gemeenregtelike regspersoonlikheid dit verkry sonder registrasie,[3] bloot deurdat die aanwesigheid van 'n aantal vasgelegde kenmerke vereis word.

Die wetgewer hier te lande skep heel dikwels statutêre regspersone wat nie noodwendig al die kenmerke van 'n gemeenregtelike regspersoon vertoon nie. Die doel van hierdie artikel is om die kenmerke van die gemeenregtelike regspersoon te vergelyk met dié van een so 'n statutêre regspersoon, te wete die beheersregspersoon by deeleiendom, ten einde die moontlike ooreenkomste en verskille tussen hulle aan te dui.

## 2 VEREISTES VIR DIE BESTAAN VAN 'N REGSPERSOON IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

### 2 1 Teoretiese grondslag

Alvorens die vereistes ondersoek kan word, moet daar eers gelet word op *wat* 'n regspersoon presies is. Die vernaamste teorieë in dié verband is die fiksieteorie van Savigny[4] en die orgaanteorie van Gierke,[5] welke teorieë albei deur verskeie juriste uitvoerig gekritiseer is[6] en wat derhalwe nie hier verder bespreek word nie.

1 Asser-Van der Grinten *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht* 2/II (1980) 30; Larenz *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* (1972) 103 e v en die bronne daar aangehaal.

2 Vgl die registrasievoorskrifte vervat in die Maatskappywet 61 van 1973 a 30 – 31 63; die Wet op Bouverenigings 24 van 1965 a 5 6; die Wet op Koöperatiewe Verenigings 29 van 1939 a 12 – 17. Hierteenoor word geen registrasie t o v Evkom, die WNNR, universiteite ens vereis nie.

3 *The Committee of the Johannesburg Public Library v Spence* (1998) 5 OR 84; *Morrison v Standard Building Society* 1932 AD 229; *Cape United Sick Fund v Forrest* 1956 4 SA 519 (A).

4 *System des heutigen Römischen Rechts* II (1840) 85: "Wir betrachten die Rechtsfähigkeit jetzt als ausgedehnt auf künstliche durch blosze Fiction angenommene Subjecte."

5 *Deutsches Privatrecht* I (1936) 470: "Die Verbandperson ist eine wirkliche und volle Person gleich der Einzelperson, jedoch im Gegensatze zu dieser eine Zusammengesetzte Person" en op 472: ". . . ist kein todtes Begriffsding, das der Vertretung durch andere Personen bedarf, sondern ein lebendiges Wesen, das als solches will und handelt."

6 Joubert *Die Stigting in die Romeins-Hollandse Reg en die Suid-Afrikaanse Reg* (1951) 9 lewer die volgende raak kritiek teen die fiksieteorie: "Die bedenklike logiese konsekwensies waartoe die fiksieteorie lei, is dat die regspersoon wilsonbevoeg, handelingsonbevoeg, deliksonbevoeg en strafregtelik onaanspreeklik is. Dit maak die fiksieteorie besonder onaanneemlik aangesien die regspersoon steeds 'n groter en meer onontbeerlike plek in ons moderne ekonomiese en regslewe inneem." Wolff "On the nature of legal persons" 1938 *Law Quarterly Review* 499 vra tereg: "But what is an organism! It is dangerous to borrow biological conceptions. The conception of an organism as a 'living body' finally is wrecked completely on the inexplorability of life itself." Vir verdere kritiek, sien ook Asser-Van der Grinten a w 1 – 5; Pitlo *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 1 a (1978) 13 – 15; Meijers *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* 3 (1955) 191 – 209.

Die meeste Nederlandse juriste wat tans oor die aard van die regspersoonsfiguur besin, kan as eksponente van die orgaanteorie van Gierke aangemerk word. Hulle poog dan ook om op die een of ander wyse met behulp van 'n verdere verfyning van die orgaanteorie aan te dui dat 'n regspersoon as orgaan 'n reële bestaan voer, hoewel die orgaanbegrip wat hulle gebruik heel dikwels van Gierke se siening van 'n regspersoon as 'n lewende organisme afwyk.[7]

Die jurisdiese realiteitsteorie wat aanvanklik deur die Nederlanders Zevenberger en Suyling gepropageer is, word in sy oorspronklike vorm tereg as onaanvaarbaar aangemerk.[8] Die teorie is egter deur Meijers en Scholten verder uitgebou en spore van die teorie kom vandag ook in die siening van die Duitse juris Larenz na vore. Die hoofkenmerk van hierdie teorie is dat daar wel nog van die orgaanbegrip van Gierke gebruik gemaak word, maar nie in dieselfde sin as wat Gierke dit gedoen het nie en beslis ook nie meer as gelykstellingsmeganisme om die regspersoon met 'n mens te vergelyk nie.

Meijers sien op sy beurt die regspersoon as 'n entiteit wat reëel bestaan en derhalwe nooit as 'n fiksie bestempel kan word nie.[9] Ten spyte van die realiteit van die regspersoon merk Meijers dit egter aan as iets onstoflik, wat sy realiteit ontleen aan die feit dat die regspersoon die draer van regte en verpligtinge is.

Hommes, hoewel sy teorie nie as 'n eksponent van die juridiese realiteitsteorie aangemerk kan word nie, sluit aan by Meijers betreffende die reële bestaan van 'n regspersoon, maar verskil dan tog met Meijers deurdat hy 'n regsubjek, waaronder 'n regspersoon, as "een juridisch eenheid" sien:[10]

> "Het zijn concrete enkelingen of sociale collectiviteiten (staat, kerk, bedrijfsverband, vereniging, etc.), die naar hun juridisch aspect aan de feitelijke zijde van het rechtsleven als juridische eenheden optreden in een veelheid van specifiecke *rechtsbevoegdheden en rechtsplichten*."

Die belang van sy standpunt is daarin geleë dat Hommes 'n konkrete reële persoon, hetsy natuurlike of regspersoon, as draer van regte en verpligtinge vereis. Anders as Gierke stel Hommes egter nie die regspersoon gelyk aan die natuurlike persoon, bloot omdat regsubjektiwiteit aan albei verleen is nie, maar sien hy regsubjektiwiteit as 'n "juridische functie der sociale collectiviteiten en doelvermogens."[11]

7 Van Eikema Hommes *De Elementaire Grondbegrippen der Rechtswetenschap* (1972) 116.
8 Van der Vyver en Van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* (1972) 166.
9 *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht* (1948) 171: "Al datgene, wat in de verschillende rechtsstelsels als rechtspersoon wordt aangemerkt, als verenigingen van personen, de staat en zijn onderdelen, de stichtingen, instellingen als de kerk . . . enz heeft ongetwijfeldt in die zin een bestaan, dat hun *realiteit* evenmin betwijfeld kan word als die van andere begrippen, die *niet aan één bepaald stoffelijk substraat* gebonden zijn. Hun realiteit is geen andere dan die van de marktprijs van een artikel, de tachtigjarige oorlog, het verband der edelen . . ." (my kursivering).
10 a w 116 (my kursivering).
11 ibid.

Vir sowel Dooyeweerd[12] as Scholten[13] is die regsubjektiwiteit van die regspersoon eweneens geleë in die feit – en dít kan tog nooit 'n fiksie wees nie – dat die regspersoon draer van regte en verpligtinge is en konkreet in die regswerklikheid figureer.[14]

Deurdat die regspersoon dan reëel bestaan en die draer van regte en verpligtinge is, moet dit ook kan handel en tot wilsvorming in staat wees. Dooyeweerd, Larenz[15] en Scholten ken hierdie funksies aan organe van die regspersoon toe, en dan nie organe in die sin waarin Gierke dit sien nie, maar reëele organe waaruit die regspersoon saamgestel is en waaraan sy regsubjektiwiteit ontleen word. Die regspersoon kan derhalwe nooit losgemaak word van die organe waaruit dit saamgestel is nie – saam vorm dit een entiteit.

Gewoonlik word ten minste twee sodanige organe by 'n regspersoon aangetref, naamlik 'n ledevergadering wat as wilsvormer optree en die bestuur kontroleer, en 'n bestuur wat as orgaan van die regspersoon regshandelinge *van* die regspersoon (en nie *namens* die regspersoon nie!) uitvoer.[16] By die stigting, wat geen lede het nie, is daar slegs een orgaan aanwesig, naamlik die bestuur, en word die kontrolefunksie deur die hof uitgeoefen. Daar kan ook meer as twee organe bestaan, byvoorbeeld waar daar naas die bestuur bepaalde komitees met vasgestelde take in die lewe geroep word.[17]

Die bestuur, as orgaan van die regspersoon, het inherente verteenwoordigingsbevoegdheid wat ontleen word aan die statute of reëls van die regspersoon en ooreenkomstig die doelstellings van die regspersoon uitgeoefen moet word. Die bestuur benodig geen volmag nie omdat dit as orgaan optree.[18] In sowel die Nederlandse as die Duitse reg word hiervan onderskei die handelinge van eksterne verteenwoordigers wat die regspersoon slegs bind indien die handeling binne die volmag wat deur 'n orgaan van die regspersoon aan sodanige verteenwoordiger verleen word, tuisgebring kan word.[19]

Ek wil aan die hand doen dat hierdie gekwalifiseerde juridiese realiteitsbenadering die beste aanknopingspunt vir die teoretiese beskouing van die regspersoonsfiguur bied. Hierdie konstruksie van die regspersoonsfiguur is ook

12 Van der Vyver en Van Zyl a w 166 e v.

13 Asser-Van der Grinten a w 13: ". . . het vat de verenigde personen als één geheel samen, zó dat de rechtsbetrekkingen niet van het individueel, maar van de groep worden beschouwd en zelfs hun onderlinge verhouding van ieder niet tot de ander individueel, maar tot het geheel word gedacht."

14 Dooyeweerd is nie juis 'n aanhanger van die juridiese realiteitsteorie nie, maar daar is tog bepaalde ooreenkomste daarmee in sy funksionele verbandsteorie aan te wys.

15 *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* (1972) 104: "Das reale Substrat, dem die Rechtsfähigkeit beigelegt wird, ist zwar kein natürlicher Organismus, . . . ist aber, vermöge der durch Rechtsnormen gesicherten Möglichkeit der Bildung eines vom Willen der einzelnen Mitglieder verschiedenen 'Gesamtwillens'." Kyk ook 116.

16 Asser-Van der Grinten a w 57 e v; Larenz a w 122 e v.

17 Van der Velden *De Verenigingsrechtspersoon en haar leden* (1969) 91 – 92.

18 Larenz a w 126.

19 Van der Velden a w 81: "Niet iedere verteenwoordiger van de rechtspersoon word als orgaan aangeduid. Personen die allereerst in dienstverhouding tot de vereniging staan, zoals bij voorbeeld een procuratie-houder of een direkteur-niet-bestuurslid, en wier vertegenwoordigingsbevoegdheid een gevolg is van hun dienstbetrekking, worden geen orgaan genoemd."

op geen wyse in stryd met die vorm wat die regspersoonsfiguur, hetsy statutêr of gemeenregtelik van oorsprong, tans in die Suid-Afrikaanse reg aanneem nie, soos hierna aangetoon word.

## 2 2 Regspraak

Ons regspraak stel eksplisiet twee vereistes vir die bestaan van 'n gemeenregtelike regspersoon. In *Webb v Northern Rifles*[20] is die vereistes soos volg uiteengesit:

> "An *universitas* is distinguished from a mere association of individuals by the fact that it is an entity distinct from the individuals forming it, that its capacity to acquire rights and incur obligations is distinct from that of its members, which are acquired or incurred for the body as a whole, and not for the individual members.
>
> "Among the most important rights appertaining to an *universitas* is the right to acquire and hold property. It continues to exist though the individual members comprising it change, so long as one member remains in whom the rights of the universitas can vest . . . It has what is sometimes termed perpetual succession."

Hierdie uitspraak is deur die appèlhof bevestig in *Morrison v Standard Building Society,*[21] in welke saak verder beslis is dat 'n regspersoon

> ". . . does not always require the special sanction of the State in order to enable it to hold property and to sue in its corporate name in our Courts."[22]

Weens die ongelukkige bewoording van 'n samevatting van die vereistes wat deur regter Smith in die *Webb*-saak gestel is, is daardie twee vereistes egter afgewater tot "property apart" en "perpetual succession."[23]

Uys[24] kritiseer hierdie twee vereistes op grond daarvan dat dit nie noodwendig die onderskeidende kenmerke van 'n regspersoon is nie, aangesien dit soms ook by mede-eienaars en vennote aangetref word.[25] Hy fouteer egter wanneer hy die eerste vereiste, moontlik in navolging van die samevatting in die *Webb*-saak, na "property apart" herlei. Die hof het vooraf tog duidelik gestel dat dit kenmerkend van alle regspersone is dat hulle oor regte en verpligtinge, waaronder ook eiendomsreg of potensiële eiendomsreg, *afsonderlik* van die regte en verpligtinge van individuele lede beskik. Hierdie regte en verpligtinge kan tog nie sonder meer tot "property apart" vereenvoudig word nie en, alhoewel dit vir mede-eienaars en vennote soms moontlik is om 'n bepaalde vermoë vir hulle eie gebruik af te sonder, verkry hulle nooit ten opsigte van so 'n

20 1908 TS 462 464.

21 1932 AD 229; daarna telkens weer deur die howe bevestig.

22 238; vgl egter Van der Vyver en Van Zyl a w 171: "In verband hiermee moet daarop gewys word dat 'n gemeenskap slegs dan 'n juridiese eenheid na buite het as die staatlike positiewe reg aan hom hierdie kwaliteit verleen."

23 *Webb*-saak 468: "I therefore find that the legislature has created a body having both perpetual succession and the capacity to acquire and hold property distinct from the property of its individual members, and in my opinion, therefore, it has created an *universitas*." *Morrison*-saak 238: "It has perpetual succession and it is capable of owning property apart from its members."

24 *Die Genootskapsooreenkoms* (1961) 8 e v.

25 Uys a w 11.

vermoë regte en verpligtinge wat geheel en al van hulle individuele regte en verpligtinge afgesonder kan word nie.[26] Vennote en mede-eienaars kan ook nooit aan die vereiste van "perpetual succession" voldoen nie.

Van Zyl[27] stel 'n verdere vereiste aan die hand van Dooyeweerd se funksionele verbandsteorie, naamlik dat daar 'n interne gesagstruktuur aanwesig moet wees. Hierdie siening sluit aan by die uitgangspunt van die moderne Nederlandse juriste wat in die organe van 'n regspersoon 'n bepaalde gesagstruktuur sien.[28] Mens kan moontlik die vereiste van "perpetual succession" sodanig kwalifiseer dat daar voortdurend by die opeenvolgende lede 'n interne gesagstruktuur vereis word en dat die gesagstruktuur eers sal ontbreek wanneer daar nie meer lede is nie, wanneer die regspersoon in elk geval ontbind.

'n Vereiste wat nie pertinent deur die howe gestel word nie, maar waarop daar groot klem gelê word deur die Nederlandse juriste, is die feit dat vrye toe- en uittrede tot 'n regspersoon vir alle lede moontlik moet wees.[29] Bamford[30] wys daarop dat die regspersoon meestal 'n diskresie het ten opsigte van die aanvaarding van nuwe lede, behoudens die uitsondering dat daar tog somtyds sekere regspersone is waartoe 'n bepaalde klas persone die reg van toetrede kan eis, byvoorbeeld 'n geneesheer wat op toelating tot die mediese vereniging aanspraak kan maak. Dit impliseer egter nie dat die geneesheer gedwing kan word tot toetrede tot die mediese vereniging nie, hoewel nie-toetrede bepaald sekere ongunstige (en moontlik beperkende) gevolge vir die geneesheer kan inhou. Dit impliseer ook nie dat lidmaatskap outomaties ontstaan nie (hieroor later meer). Bamford dui ook aan dat 'n lid van 'n regspersoon in die Suid-Afrikaanse reg vryheid van uittrede het, behalwe in die geval waar die konstitusie 'n teenstrydige bepaling bevat.[31] Die enigste gesag wat vir hierdie stelling aangebied word, is 'n Engelse gewysde[32] en dit wil voorkom of die plaaslike howe nog geen uitsluitsel in dié verband gegee het nie.

Dit is moeilik om te aanvaar dat vrye toe- en uittrede van lede 'n vereiste vir die ontstaan van regspersoonlikheid kan wees.[33] Vir my lyk dit meer na 'n kenmerk van sommige regspersone en nie na 'n voorvereiste vir die ontstaan van regspersoonlikheid nie. Vryheid van uittrede is nietemin 'n kenmerk wat beslis eksplisiet deur die howe aan regspersone toegeken behoort te word.[34]

'n Verdere belangrike vereiste vir die ontstaan van regspersoonlikheid is

26 Persoonlike skuldeisers sal steeds op 'n vennoot of mede-eienaar se onverdeelde mede-eiendom ten opsigte van die afgesonderde vermoë beslag kan lê.
27 Van der Vyver en Van Zyl a w 167 171.
28 vn 16 supra.
29 Asser – Van der Grinten a w 176: "Onder vrijheid van vereniging kan mede worden verstaan het ontbreken van de verplichting om tot een bepaalde vereniging toe te treden en de vrijheid om het lidmaatschap van een vereniging te beëindigen." Kyk ook 215.
30 *The Law of Partnerships and Voluntary Associations in South Africa* (1971) 117.
31 a w 119.
32 *Finch v Oake* (1896) 1 Ch 409.
33 Daar bestaan gemeenregtelike regspersone waar lidmaatskap outomaties ontstaan, maar waar daar steeds vryheid van uittrede bestaan, bv sommige kerke, die staat ens.
34 Die Nederlandse reg bevat duidelike voorskrifte in dié verband – Asser-Van der Grinten a w 215 e v.

die *doel* van die te stigte regspersoon. In die saak van *Morrison v Standard Building Society*[35] word beslis:

> "In order to determine whether an association of individuals is a corporate body which can sue in its own name, the Court has to consider the *nature and objects* of the association as well as its constitution, and if these show that it possesses the characteristics of a corporation or *universitas,* then it can sue in its own name."

Die hof het hier waarskynlik bedoel dat daar alleenlik na die aard en doel van 'n organisasie gekyk moet word met die oogmerk om vas te stel of die twee vereistes "property apart" en "perpetual succession" aanwesig is. In sake wat op die *Morrison*-gewysde gevolg het, is derhalwe nooit aandag aan die doelstelling van 'n organisasie as voorvereiste vir die toekenning van regspersoonlikheid gegee nie.

Dat die doel van 'n organisasie essensieel is ten einde te bepaal of 'n gemeenregtelike regspersoon tot stand gekom het, kan nie betwyfel word nie. Van Zyl[36] wys daarop dat dit die wetgewer vry staan om sekere organisasies te verbied, in welke geval, weens gebrek aan erkenning deur die positiewe reg, geen regspersoon tot stand kom nie. Die kriterium vir die verbod is in alle gevalle die feit dat die doel van die organisasie onwettig is en dat regspersoonlikheid nie aan die organisasie toegeken kan word nie.[37] Van Zyl sien hierdie verbod op verlening van regspersoonlikheid slegs as 'n verlies van regspersoonlikheid ten opsigte van eksterne regsbetrekkinge – na binne kan daar nog steeds 'n interne regsverhouding bestaan.

Organisasies met onwettige doelstellings kragtens die Suid-Afrikaanse reg is onder andere die volgende: die Kommunistiese Party in Suid-Afrika,[38] en kragtens die Wet op Verbode Organisasies:[39] die African National Congress, African Resistance Movement, Dance Association, Defence and Aid Fund, National Committee for Liberation, Pan Africanist Congress, Poqo, Socialist League en Spear of the Nation.[40]

Indien die hoofdoel van 'n organisasie egter wettig is, sal regspersoonlikheid nie op grond van enkele onwettige bepalings in sy konstitusie weerhou word nie, hoewel die onwettige bepalings uiteraard nie bindend sal wees nie.[41]

Die Nederlandse reg dui aan dat:

> ". . . een rechtspersoon wordt door de wet als verboden aangemerkt, indien haar doel of werkzaamheid in strijd zijn met de openbare orde of de goede zeden: de

35 *supra* 238 (my kursivering).

36 Van der Vyver en Van Zyl a w 174.

37 Vgl vn 22 supra. Die erkenning van regsubjektiwiteit geskied aan die hand van gepositiveerde regsreëls: so bv het 'n slaaf destyds geen regsubjektiwiteit gehad nie, aangesien dit nie deur die positiewe reg erken is nie. Van Zyl waarsku egter tereg dat die positiewe reg skynreg sal skep indien dit nie met die totale regswerklikheid rekening hou nie.

38 Kragtens die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950.

39 34 van 1960.

40 Bamford a w 102 verskaf 'n volledige lys van verbode organisasies, tesame met verwysings na die staatskoerante waarin die organisasies kragtens die wet verbied is.

41 Bamford a w 100.

term doel zal in dit verband in ruime zin mogen worden verstaan. Het doel is niet alleen wat statutair als doel word aangeduid, doel omvat ook wat in de statuten veelvuldig als middelen wordt aangegeven."[42]

Die sanksie wat ter bestryding van die bestaan van verbode regspersone geld, is die verlies of ontsegging van regspersoonlikheid.

Artikel 30[43] van die Maatskappywet 61 van 1973 bevat 'n bepaling wat verdere lig werp op die belang wat die doel van 'n organisasie vir die verkryging van regspersoonlikheid inhou. Indien 'n organisasie se hoofdoel uitsluitlik winsoogmerke inhou, kan dit geen regspersoonlikheid verkry tensy die registrasievereistes van die Maatskappywet nagekom is nie. Die uitwerking hiervan is dat die doel van sekere organisasies, indien hulle uitsluitlik winsoogmerke nastreef, verhoed dat sodanige organisasies gemeenregtelike regspersoonlikheid kan verkry.

Die doel van 'n regspersoon is verder essensieel vir die voortbestaan van die regspersoon, aangesien verydeling van die doel tot ontbinding van die regspersoon lei.

Op grond van die bostaande uiteensetting wil ek aan die hand doen dat die volgende vereistes vir die toekenning van regspersoonlikheid aan gemeenregtelike regspersone gestel kan word:

a Daar moet 'n entiteit bestaan, saamgestel uit 'n orgaan of organe, wat draer is van regte en verpligtinge afgesonderd van die regte en verpligtinge van die individue waaruit die entiteit saamgestel is.

b Die entiteit moet met 'n bepaalde interne gesagstruktuur voortbestaan, ongeag die wisseling van die organe of lede daarvan, welke wisseling van lede die vryheid van uittrede veronderstel.

c Die entiteit moet 'n voorafbepaalde hoofdoel nastreef, welke hoofdoel nie onwettig of *contra bonos mores* is nie.

## 3 DIE BEHEERSREGSPERSOON BY DEELEIENDOM

### 3 1 Regsontwikkeling deur Deeltitelwet

Die beheersregspersoon by deeleiendom is statutêr geskep en kom tot stand ingevolge die bepaling van artikel 28 van die Wet op Deeltitels,[44] welke wet ook die doel, funksionering en beëindiging van hierdie regspersoon reël.

Dit is welbekend dat die Wet of Deeltitels 'n hele aantal nuwe begrippe in die Suid-Afrikaanse reg, waaronder ingrypende sakeregtelike wysigings, geskep

42 Asser-Van der Grinten a w 116.

43 wat soos volg lui: "Geen vereniging van persone opgerig na 31 Desember 1939 met die *doel* om sake te doen wat die maak van wins deur die vereniging of individuele lede daarvan as oogmerk het, *is 'n regspersoon nie,* tensy dit as 'n maatskappy geregistreer word kragtens hierdie Wet, of opgerig word ingevolge 'n ander wet of voor 31 Mei 1962 opgerig is ingevolge 'n Patentbrief of Koninklike Oktrooi." (my kursivering).

44 66 van 1971, soos gewysig deur Wet 62 van 1973, 94 van 1974, 57 van 1975, 1 van 1977 en 54 van 1980.

het. Hoewel dit streng gesproke buite die bestek van hierdie artikel val, is dit tog interessant om na enkele van die gewysigde begrippe te kyk.

Die belangrikste daarvan is ongetwyfeld die vervanging van die Romeinsregtelike eiendomsbegrip *superficies solo cedit* met dié van die Germaanse reg, wat dit moontlik maak dat eiendomsreg nou ten opsigte van 'n gedeelte van 'n gebou verkry kan word.[45]

Die aanvaarding van hierdie begrip het tot gevolg gehad dat 'n nuwe saamgestelde saak in ons reg erken is, naamlik 'n eenheid,[46] en dat 'n nuwe saaklike reg, naamlik eiendomsreg van 'n deel van 'n gebou gekoppel aan medeeiendomsreg van die gemeenskaplike eiendom,[47] erken is, welke saaklike reg in die akteskantoor registreerbaar is.[48]

Die regsontwikkeling beliggaam in die Wet op Deeltitels moet in die lig van ekonomiese en maatskaplike faktore wat die erkenning van eiendomsreg ten opsigte van 'n gedeelte van 'n gebou genoodsaak het, gesien word.[49] Die beheersregspersoon by deeleiendom verskil dan ook in meer as een opsig van ander statutêre en gemeenregtelike regspersone. Sommige van hierdie afwykings is noodsaaklik ten einde die beheersregspersoon aan sy doel te laat beantwoord, maar dit is tog nodig om vas te stel of die verskille in alle gevalle doelmatig en prakties implementeerbaar is.

## 3 2 Die beheersregspersoon – 'n rariteit?

### 3 2 1 *Totstandkoming van die beheersregspersoon*

Die beheersregspersoon kom outomaties tot stand wanneer 'n ander persoon as die ontwikkelaar eienaar van 'n eenheid in 'n gebou word.[50] Op daardie stadium moet die deeltitelskema alreeds by die akteskantoor geregistreer wees, aangesien eenhede as onroerende goed[51] slegs by wyse van registrasie in die akteskantoor in eiendom oorgedra kan word. Anders as by sommige ander statutêre regspersone word daar dus geen registrasie van die regspersoon vereis nie, aangesien registrasie van die deeltitelskema tog nie as registrasie van die regspersoon beskou kan word nie.

Dit is verder belangrik om daarop te let dat die regspersoon *outomaties* tot stand kom. Na my wete is dit die enigste regspersoon wat sonder enige menslike willekeur tot stand kom bloot weens die uitvoer van 'n ander regshandeling. Die

45 Cowen "The South African Sectional Titles Act in historical perspective" 1973 *CILSA* 1 e v; Van der Merwe "Die Wet op Deeltitels in die lig van ons gemeenregtelike saak- en eiendomsbegrip" 1974 *THRHR* 113.

46 a 1 omskryf 'n *eenheid* as " 'n deel tesame met sy onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom wat ooreenkomstig die kwota van daardie deel aan daardie deel toebedeel is."

47 a 1 bepaal dat eiendomsreg verkry kan word "met betrekking tot 'n eenheid of 'n deel of 'n onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom wat deel van daardie eenheid uitmaak."

48 a 3.

49 Sien Cowen a w 2 e v; Van der Merwe a w 114 e v.

50 a 28(1): ". . . word daar geag vir daardie gebou 'n regspersoon ingestel te wees waarvan die ontwikkelaar en daardie persoon lede is, en elke persoon wat daarna 'n eienaar van 'n eenheid in die gebou word, is 'n lid van daardie regspersoon."

51 a 3(2): " 'n Eenheid word vir alle doeleindes geag grond en stedelike vaste eiendom te wees."

beheersregspersoon verskil dus in hierdie opsig van sowel ander statutêre as gemeenregtelike regspersone. Dit skyn egter asof hierdie outomatiese ontstaan van die beheersregspersoon nie veel praktiese probleme oplewer nie.

### 3 2 2 *Lidmaatskap van die beheersregspersoon*

Wat wel praktiese probleme kan oplewer, is die feit dat lidmaatskap van die beheersregspersoon eweneens outomaties ontstaan, bloot deurdat 'n persoon eienaar van 'n eenheid word.[52] Die beginsel van vrye toetrede tot en uittrede uit die regspersoon ontbreek dus geheel en al by die beheersregspersoon en lidmaatskap word eenvoudig aan die eiendomsreg op 'n eenheid gekoppel.[53] Die argument kan wel geopper word dat 'n mens by 'n gewone maatskappy ook outomaties lid van die regspersoon word deur bloot 'n aandeel te bekom sonder die spesifieke bedoeling om lid van die maatskappy te word. Tog is daar 'n klemverskuiwing in die geval van lidmaatskap van die beheersregspersoon. 'n Deeleienaar se eiendomsreg op 'n eenheid en, meer in die besonder, op 'n deel, bepaal aan die hand van die deelnemingskwota die aard, omvang en graad van sy lidmaatskap van die regspersoon. 'n Eksterne faktor tot die regspersoon bepaal met ander woorde die hele lidmaatskapsverhouding van die deeleienaar tot die beheersregspersoon. In die geval van maatskappylidmaatskap bestaan die vryheid van uittrede, wat nie bestaan in die geval van lidmaatskap van die beheersregspersoon waar lidmaatskap aksessoor aan eiendomsreg gekoppel word nie. In die Suid-Afrikaanse reg, anders as in die Duitse reg, kan die lidmaatskap van die lede nie beëindig word indien hulle nie hulle verpligtinge, finansieel of andersins, teenoor die regspersoon nakom nie, maar moet die regspersoon van ander remedies gebruik maak.[54]

In die praktyk kan dit gebeur dat 'n onkundige koper van 'n eenheid nie bewus is van sy lidmaatskap van die beheersregspersoon nie en eers daarvan bewus word wanneer daar bepaalde verpligtinge uit hoofde van sy lidmaatskap op hom gelê word.

Dit kan tot gevolg hê dat die beheersregspersoon in die uitvoering van sy pligte in 'n groot mate gekortwiek word indien daar 'n aantal onwillige deeleienaars is wat weier om aan die besluitneming en ander verpligtinge wat kragtens die wet op hulle gelê word, deel te neem, maar wat steeds eiendomsreg ten opsigte van 'n eenheid behou en op grond daarvan ook lidmaatskap van die beheersregspersoon behou.

### 3 2 3 *Funksionering van die beheersregspersoon*

'n Verdere onduidelikheid in die wet kan probleme in verband met die funksionering van die beheersregspersoon skep.

52 a 28(1).
53 Van der Velden a w 120 noem dit "kwalitatief lidmaatschap."
54 Van der Merwe "The Sectional Title Act and the Wohnungseigentumsgesetz" 1974 *CILSA* 178.

Die wet bepaal dat die beheersregspersoon se hoofdoel die *beheer* van die gebou en gemeenskaplike eiendom is,[55] en hoewel dit somtyds voorkom dat ten opsigte van sekere handelinge net die gebou, en ten opsigte van ander net die gemeenskaplike eiendom bedoel word, kan mens tog aanvaar dat dit die wetgewer se bedoeling was dat die gebou én die gemeenskaplike eiendom deur die regspersoon beheer moet word.[56]

Die dele van die gebou behoort egter aan die lede afsonderlik en die gemeenskaplike eiendom behoort in onverdeelde aandele aan die deeleienaars ooreenkomstig elke deeleienaar se deelnemingskwota.[57]

Mens sal dan verder die afleiding moet maak dat die beheersregspersoon slegs daardie dele van die gebou beheer wat gemeenskaplike eiendom is, naamlik gedeeltes van die gebou wat nie as *dele* geklassifiseer kan word nie, tesame met die oorblywende gemeenskaplike eiendom.

Van der Merwe[58] toon aan dat die aandeel van 'n deeleienaar in die gemeenskaplike eiendom nie vrye mede-eiendom kan wees nie,[59] maar dat dit 'n besondere vorm van sogenaamde gebonde gemeenskaplike eiendom is.[60] Hierdie eiendomsvorm vertoon soveel ooreenkomste met gebonde mede-eiendom dat dit hierna as gebonde mede-eiendom omskryf sal word, alhoewel dit steeds in gedagte gehou moet word dat daar ook verskille tussen hierdie gebonde gemeenskaplike eiendom en die tradisionele opvatting van gebonde mede-eiendom bestaan. Dit wil egter voorkom of handelinge ten opsigte van die *gebonde mede-eiendom* van die deeleienaars nie altyd duidelik onderskei word van die *beheersfunksie* van die regspersoon nie.

Die deeleienaars se aandele in die gemeenskaplike eiendom en hulle stemreg op vergaderings van die regspersoon word volgens hulle deelnemingskwota bereken.[61] Die wet dui egter op geen wyse aan of dit die stemreg van lede van die regspersoon is en of dit stemreg van die gebonde mede-eienaars is nie. Artikel 13(1) lui:

> "Die eienaars kan by eenparige besluit die regspersoon gelas om gemeenskaplike eiendom of 'n gedeelte daarvan namens hulle te vervreem, of kragtens 'n huurkoopkontrak te verhuur, en daarna is die regspersoon . . . bevoeg om op die

55 a 1: "In hierdie wet beteken 'regspersoon met betrekking tot 'n gebou en die grond waarop die gebou geleë is,' die in art. 28(3) bedoelde beherende liggaam *van die gebou,*" a 28(4): "Die regspersoon is verantwoordelik vir die toepassing van die in artikel 27 bedoelde reëls en vir die beheer, administrasie en bestuur van *die gemeenskaplike eiendom*"; a 27(1): " 'n *Gebou en die grond* waarop dit geleë is, word vanaf die datum van die instelling van die regspersoon, behoudens die bepalings van hierdie Wet deur middel van die reëls beheer en bestuur" (my kursivering).

56 ibid.

57 a 1.

58 *Sakereg* (1979) 284.

59 Die verskille tussen aandeelhouding in die gemeenskaplike eiendom en vrye mede-eiendom word hieronder volledig uiteengesit. Sien ook Van der Merwe *Sakereg* 283 – 285.

60 Die begrip *gebonde mede-eiendom* word alreeds vrylik in die Nederlandse en Duitse reg gebruik, hoewel dit in die Suid-Afrikaanse reg nog 'n ietwat vreemde begrip is. Sien ook Van Wyk *The power to dispose of the universal matrimonial community of property* (1976) 44 – 54.

61 a 24(2).

wyse gelas met sodanige gemeenskaplike eiendom of sodanige gedeelte daarvan te handel."[62]

Die inhoud van hierdie artikels kan moeilik anders verklaar word as dat die gebonde mede-eienaars 'n besluit (nie in hulle hoedanigheid van lede van die regspersoon nie) geneem het en die regspersoon, waarvan hulle self ook lede is, opdrag gegee het om op 'n bepaalde wyse namens hulle te handel. In teenstelling hiermee lui artikel 24(3):

"Die lede van die regspersoon kan by eenparige besluit kragtens artikel 27 reëls uitvaardig waarby 'n ander waarde geheg word aan die stem van die eienaar van 'n deel of die verantwoordelikheid van die eienaar van 'n deel om bydraes vir die doeleindes van artikel 30(1) of 35 te maak, gewysig word."

Artikels 27, 30(1) en 35 het met die beheer van die gebou en gemeenskaplike eiendom te doen en mens kan derhalwe die afleiding maak dat eienaars as lede van die regspersoon optree wanneer dit oor die beheer van die gebou en gemeenskaplike eiendom gaan, maar dat dieselfde eienaars in hulle hoedanigheid van gebonde mede-eienaars (en nie as lede van die regspersoon nie) optree wanneer daar van enige beswarings- of vervreemdingshandeling sprake is, deurdat die "mede-eienaars . . . by eenparige besluit die regspersoon gelas . . ."[63]

Indien dit wel die bedoeling van die wetgewer was om hierdie onderskeid te tref, soos uit die bewoording van die wet afgelei kan word, dan kan die belangrikheid van die onderskeid nie oor die hoof gesien word nie. Dit sal van die grootste belang wees dat by elke besluit van die eienaars aangedui moet word of hierdie eienaars as gebonde mede-eienaars of as lede van die regspersoon opgetree het, aangesien die geldigheid van besluite deur hulle as lede van die regspersoon geneem aan die bepalings van artikel 27 en bylaag 1 tot die wet getoets moet word, terwyl ten opsigte van die besluite van gebonde mede-eienaars die geldigheid van sodanige besluite aan die reëls van mede-eiendomsreg getoets word, wat onder andere bepaal dat een mede-eienaar se teenstem 'n besluit veto.[64] Optrede van die lede van 'n regspersoon is voorts nietig indien hulle nie ooreenkomstig die doel van die regspersoon handel nie, terwyl gebonde mede-eienaars aan geen vergelykbare doelstellingsklousule gebonde is nie.

'n Verdere probleem in hierdie verband is dat artikel 24(3) die moontlikheid skep dat die lede van die regspersoon by eenparige besluit die stemwaarde van 'n eienaar kan wysig. Geld hierdie gewysigde stemwaarde dan alleenlik ten opsigte van beheershandelinge van die regspersoon, of geld dit ook ten opsigte van vervreemdingshandelinge van mede-eienaars?

62 a 20(1): "Die eienaars kan by spesiale besluit die regspersoon gelas . . .;" a 37(4): "Die mede-eienaars kan by eenparige besluit die regspersoon gelas om namens hulle die betrokke grond of 'n gedeelte daarvan te verkoop . . ."

63 a 37(4).

64 a 20(1) bepaal dat mede-eienaars kragtens 'n spesiale besluit wat 'n meerderheid van drie-kwart van die uitgebringde stemme vereis, aan die regspersoon 'n opdrag kan gee. Word hier nou 'n uitsondering geskep op die gemeenregtelike reëling van mede-eiendomsreg, nl dat een mede-eienaar 'n besluit kan veto?

Die Wet op Deeltitels het voorts 'n aantal eienaardige bepalings wat meer as gewone beheersmaatreëls blyk te wees. Artikel 29(2) bepaal dat die regspersoon vir die aangaan van versekering 'n versekerbare belang in die vervangingswaarde van die gebou geag word te besit. Artikel 38(1) bepaal dat 'n plaaslike bestuur vir waardasiedoeleindes die grond en geboue kan waardeer asof dit deur 'n enkele eienaar besit word en dat die grond en geboue daarop geag word deur die regspersoon besit te word.

Artikel 38(2) bepaal dat die plaaslike bestuur alle tariewe en belasting wat gehef word, van die regspersoon kan invorder! Die wet moes bepaald 'n aantal fiksies skep ten einde die beheersregspersoon se funksies te beperk tot beheerfunksies.

Artikel 32(f) verplig 'n deeleienaar om die regspersoon onverwyld van 'n verandering in eiendomsreg op sy deel of van die registrasie van 'n deelverband daaroor of 'n ander handeling in verband met sy deel in kennis te stel. Die kennisgewing aan die regspersoon van 'n verandering van deeleienaar maak nog sin, want die regspersoon moet weet van wie om bydraes ingevolge die deelnemingskwota te verhaal, maar as die beheersregspersoon bloot 'n beheerfunksie ten opsigte van die gemeenskaplike eiendom moet uitoefen, is dit onduidelik wat sodanige regspersoon dan met die deelverbande en ander handelinge wat 'n deeleienaar ten opsigte van sy deel uitoefen, te doen het.

Soos die beheersregspersoon tans in terme van die Wet op Deeltitels funksioneer, ontbreek die primêre kenmerk van alle ander regspersone, naamlik afsonderlike regte en verpligtinge van die lede. Ten opsigte van die gemeenskaplike eiendom verkry die regspersoon geen afsonderlike regte en verpligtinge nie en, soos hieronder in paragraaf 3 2 4 aangedui word, is die deeleienaars boonop persoonlik aanspreeklik vir alle eise wat wel teen die regspersoon ingestel kan word.

'n Mens vra jouself af of dit werklik nodig was om die handelinge van die beheersregspersoon tot beheerhandelinge te beperk, terwyl vervreemdingshandelinge alleenlik in opdrag van die mede-eienaars uitgevoer kan word. Dit is tog dieselfde persone wat sowel lede van die regspersoon as mede-eienaars is. Die mede-eienaars se stemwaarde word volgens hulle deelnemingskwota bepaal en, hoewel dit nêrens uitdruklik in die wet so gestel word nie, kan mens ook aanvaar dat die lede van die regspersoon se stemwaarde volgens hulle deelnemingskwota bepaal word. Dit sou tog veel eenvoudiger en meer bevorderlik vir regsekerheid gewees het as die wetgewer bereid was om ook beswarings- en vervreemdingsbevoegdheid aan die beheersregspersoon toe te staan. So 'n bepaling sou geen mede-eienaar kon benadeel nie, aangesien die mede-eienaar tog ook lid van die beheersregspersoon is.

Na my mening sal 'n mens hierdie verwarring doeltreffend kan vermy deur die kunsmatige onderskeid tussen beheershandelinge en vervreemdingshandelinge uit die weg te ruim en die beperkings op die handelingsbevoegdheid van die beheersregspersoon op te hef.

### 3 2 4 *Persoonlike aanspreeklikheid van lede*

Dit is 'n kenmerk van alle ander statutêre en gemeenregtelike regspersone dat die regte en verpligtinge van die regspersoon volkome afsonderlik van die regte en verpligtinge van die lede bestaan en dat daar dikwels geen aanspreeklikheid van die regspersoon op die lede afgewentel kan word nie, of, indien daar wel 'n mate van aanspreeklikheid bestaan, dat dit bloot 'n beperkte aanspreeklikheid is. Artikel 35 van die Wet op Deeltitels skep in hierdie verband 'n uitsondering.[65]

Met die beginsel van hierdie uitsondering kan nie fout gevind word nie, want dit is duidelik dat die verskuldigde bedrag *pro rata* van die deeleienaars verhaal kan word sodat die hele aanspreeklikheid nie uit hoofde van solidêre aanspreeklikheid op een deeleienaar afgewentel kan word nie. Dat dit 'n groot uitgawe, byvoorbeeld die verf van die gebou of die oprigting van 'n swembad, volgens deelnemingskwota bygedra het en daarna weer *pro rata* vir die uitstaande verskuldigde bedrag aanspreeklik gehou word, is wel waar, maar of daar 'n beter oplossing verkry kan word as wat die wet bepaal, is te betwyfel.

Die enigste probleem is egter dat 'n deeleienaar wat op die bogemelde wyse alreeds meer betaal het as wat sy deelnemingskwota vereis, ernstig benadeel sal word indien die beheersregspersoon gelikwideer sou word alvorens so 'n deeleienaar sy verhaalsreg teenoor die beheersregspersoon kan uitoefen. Dit laat die deeleienaar slegs met 'n eis teen die gelikwideerde boedel, met die meegaande nadelige gevolge daarvan. Dit sou moontlik 'n oplossing bied indien daar in sulke gevalle 'n voorkeureis aan die benadeelde deeleienaars toegestaan word. Uit die aard van die saak is dit nie moontlik om 'n direkte eis teen die deeleienaars wat nog nie bygedra het toe te staan nie, aangesien die gelikwideerde boedel 'n verhaalsreg teen sodanige deeleienaars het.

### 3 2 5 *Ontbinding van die beheersregspersoon*

Normaalweg ontbind 'n regspersoon wanneer sy doel verydel is, by gebrek aan lede of wanneer die lede eenparig besluit om die regspersoon te ontbind. Die beheersregspersoon ontbind nie weens enige van die bogenoemde redes nie.

Ingevolge artikel 36(6)(b) kan die hof die regspersoon op aansoek van die regspersoon self of op aansoek van 'n lid ontbind indien die gebou vernietig is. Die lede self kan egter op geen stadium die regspersoon by wyse van eenparige besluit ontbind nie, dit wil sê nie by vernietiging van die gebou of in enige ander

65 Dit lui soos volg: "Indien 'n krediteur van die regspersoon vonnis verkry het teen die regspersoon, en daardie vonnis, ondanks die uitreiking van 'n lasbrief, onvoldaan bly, kan die vonnisskuldeiser, sonder benadeling van 'n ander regsmiddel wat hy besit, by die hof wat die vonnis gegee het, aansoek doen om die voeging van die lede van die regspersoon in hulle persoonlike hoedanigheid as mede-vonnisskuldenaars ten opsigte van die vonnisskuld en, na sodanige voeging, kan die vonnisskuldeiser die bedrag van die vonnisskuld wat nog uitstaande is, op bedoelde lede op 'n pro rata-basis na verhouding tot hulle onderskeie kwotas verhaal. Met dien verstande dat 'n lid wat aldus 'n betaling aan die vonnisskuldeiser moet maak nadat hy aan die regspersoon bydrae ten opsigte van dieselfde skuld moes betaal het, geregtig is om 'n terugbetaling van die bedrag wat hy aldus aan bedoelde skuldeiser betaal het, van die regspersoon te verkry."

stadium nie. Wanneer die gebou vernietig word, ontbreek dit die regspersoon nie aan lede nie en word die beheersregspersoon se doel ook nie verydel nie, want die gemeenskaplike eiendom bestaan steeds.

Die Wet op Deeltitels maak dit egter moontlik dat die regspersoon ontbind by vernietiging van die gebou. Dat hierdie ontbinding nie verpligtend is nie, blyk uit artikel 37(4) wat bepaal dat die mede-eienaars by eenparige besluit die regspersoon kan gelas om *ná* vernietiging van die gebou die gemeenskaplike eiendom te verkoop. Hierdie reëling in die wet bevredig nie, aangesien dit die moontlikheid van ernstige teenstrydighede skep. As die regspersoon dan nie kragtens artikel 36 ontbind nie en kragtens artikel 37(4) verder moet handel, is dit onduidelik hoe en wanneer die regspersoon ontbind. Die wet swyg hieroor.

Artikel 37 maak dit moontlik dat die registrateur van aktes na ontvangs van 'n kennisgewing dat die gebou vernietig is en dat die eienaars by meerderheidsbesluit besluit het om nie die gebou te herbou nie, die deelplan in die akteskantoor dienooreenkomstig kan endosseer, in welke geval:

> "... die eienaars op(hou) om afsonderlike eienaars van dele te wees, maar behoudens die bepalings van a 36(2), bly hulle mede-eienaars van die grond in onverdeelde aandele in verhouding tot die kwotas van die onderskeie dele waarvan hulle voorheen eienaars was."[66]

Die enigste afleiding wat hieruit gemaak kan word, is dat die gebonde mede-eiendom wat vantevore ten opsigte van die gemeenskaplike eiendom bestaan het, nou verander het in vrye mede-eiendom, met al die nadele verbonde aan vrye mede-eiendom.[67] Dit impliseer die volgende:[68]

a As vrye mede-eienaar kan daar nou deur enige eienaar skeiding en deling geëis word – en hoe verdeel mens stedelike woonsteleiendom anders as om dit te verkoop en die opbrengs te verdeel?
b Elke mede-eienaar het die grootste moontlike heerskappybevoegdhede ten opsigte van sy mede-eiendomsaandeel. Hy het verder geen instandhoudingsplig ten opsigte van sy aandeel nie.
c Die mede-eienaar het 'n vetoreg ten opsigte van alle maatreëls van ander mede-eienaars met betrekking tot die gemeenskaplike eiendom.
d Die bestuur en gebruik van die mede-eiendom word aan die willekeur van die individuele lede oorgelaat, sonder dat daar 'n vaste bestuursliggaam bestaan.

Dat hierdie nadelige posisie maklik kan ontstaan, blyk uit die feit dat by vernietiging van die gebou dit slegs herbou kan word ingevolge 'n eenparige besluit van die deeleienaars, hoewel 'n meerderheidsbesluit van deeleienaars om *nie* te herbou nie voldoende is om enige skema tot herbouing die nek in te slaan. Indien daar nie 'n eenparige besluit tot herbouing en ook nie 'n meerderheidsbesluit om *nie* te herbou verkry kan word nie, sal die hof hierdie skaakmatsituasie moet oplos. Besluit die meerderheid egter om nie te herbou nie, is die

66 a 37(3)(a).
67 Van der Merwe *Sakereg* 318: "Hierna kan die mede-eienaars van die grond (nie meer deeleienaars nie) ..."
68 Van der Merwe *Sakereg* 283 e v.

gevolg dat daar deur endossement vrye mede-eiendom ontstaan en die regspersoon kragtens artikel 36(6)(b) deur die hof ontbind *kan* word. Nou kan die mede-eienaars by eenparige besluit die eiendom verkoop. Indien hulle egter nie tot 'n eenparige besluit kan kom nie, sal 'n hofbevel vir die verkoping en verdeling verkry moet word. Van der Merwe[69] voer aan dat die regspersoon nou *herleef* ten einde die oordrag te bewerkstellig. Ek kan geen sodanige voorskrif in die wet vind nie en dit skyn asof Van der Merwe die feit dat in artikel 37(4) van die wet daarvan melding gemaak word dat die mede-eienaars die regspersoon *kan* opdrag gee om die oordrag te bewerkstellig, begryp as 'n teken van die herlewing van die regspersoon wat kragtens artikel 36(6)(b) deur die hof ontbind is.

Hiermee kan nie saamgestem word nie. So 'n verskyning en verdwyning van 'n regspersoon sal nooit in die praktyk doelmatig funksioneer nie. Artikel 36(6)(b) dui aan dat die hof die regspersoon op aansoek kan[70] ontbind en hieruit moet mens aflei dat die voorskrif in artikel 37(4) dat die mede-eienaars die regspersoon opdrag *kan* (en nie *moet* nie) gee om die oordrag te bewerkstellig, alleenlik geld indien die regspersoon nog nie kragtens artikel 36(6)(b) ontbind is nie.

Die feit dat die regspersoon deur die wetgewer tot die uitoefening van beheershandelinge beperk word, lê die problematiese situasie wat ontstaan wanneer die gebou vernietig word en die regspersoon ontbind, ten grondslag. Is dit doelmatig en ekonomies regverdigbaar dat die hof telkens 'n probleem moet uitstryk alvorens daar aan die beheersregspersoon die geleentheid gebied word om in terme van die vasgelegde reëls te poog om 'n oplossing te vind wat aanvaarbaar is vir die deeleienaars?

'n Mens kan jouself afvra waarom die wetgewer 'n *regspersoon* in die wet geskep het – dieselfde resultaat kan immers bereik word deur bloot 'n aantal voorskrifte vir die wyse waarop die gebonde mede-eienaars moet optree, te stel.

## 4 MOONTLIKE OPLOSSINGS

Dat die oordragsreëlings by ontbinding fragmentaries en tot nadeel van die eienaars deur die Wet op Deeltitels gereël word, kan nie betwyfel word nie. Dit sou veel doelmatiger gewees het indien die wet bepaal het dat die regspersoon bly voortbestaan solank as wat die deeltitelskema in die akteskantoor geregistreer is, dit wil sê selfs na vernietiging van die gebou. Die wet maak tog uitdruklik vir beheer van die gemeenskaplike eiendom deur die regspersoon voorsiening.[71] Indien die gebou vernietig word, sal die beheersregspersoon tog veel makliker die grond, as oorblywende gemeenskaplike eiendom, kan bestuur én oordra (indien só besluit word) as wat vrye mede-eienaars dit kan doen, omdat die beheersregspersoon kragtens die reëls en voorskrifte van die wet wat besluitneming vergemaklik en vaste stemregreëlings neerlê, funksioneer. Dit

69 *Sakereg* 319.
70 Die "kan" dui op 'n diskresie.
71 a 27(1) 28(4).

sou selfs moontlik wees dat die lede wat nie wil herbou nie hulle aandeel in die gemeenskaplike eiendom aan persone wat wel die gebou wil herbou, kan verkoop en indien daar dan op so 'n wyse 'n eenparige besluit tot die heropbou van die gebou verkry kan word, kan die hele skema herleef sonder dat 'n nuwe deeltitelskema in die akteskantoor geregistreer hoef te word of die eiendom na die grondregister (indien die vorige deeltitelskema gekanselleer word) oorgedra word en daarna weer van die grondregister verwyder moet word indien 'n nuwe skema geregistreer word. Dit sou die misterieuse verskyning en verdwyning van die beheersregspersoon ondervang, heelwat onnodige registrasiekoste bespaar en moontlik 'n hele aantal hofaansoeke voorkom.[72] Die beheersregspersoon sal dan moet toesien dat die nuwe deelplan geregistreer word, die nodige oordragte in terme van die nuwe deelplan vanaf ou deeleienaars na nuwe deeleienaars geregistreer word, die finansiële aspekte van die herverdeling van bates behoorlik hanteer word en dat die belange van saaklikgeregtigdes behartig word.

Die argument kan geopper word dat die prosedure by vernietiging van 'n gebou kragtens die Wet op Deeltitels in ooreenstemming met die likwidasie van 'n maatskappy kragtens die bepalings van die Maatskappywet moet wees, naamlik dat die hof intree ten einde die bates so regverdig moontlik onder lede en skuldeisers te verdeel. Uit sowel 'n ekonomiese as 'n regsoogpunt verskil 'n deeltitelskema, selfs na vernietiging van die gebou, egter hemelsbreed van 'n insolvente maatskappy. Die grond waarop die gebou opgerig is, is as stedelike woonsteleiendom gewoonlik baie werd en versekeraars sal gewoonlik aanspreeklik gehou kan word vir die markwaarde van die vernietigde gebou. Voorts behoort eiendom aan 'n aantal mede-eienaars.

Die enigste oplossing wat die Wet op Deeltitels tans by ontstentenis van 'n eenparige besluit om die gebou weer op te rig bied, is dat die hof die beëindiging van die deeltitelskema hanteer, waaruit die verkoping en verdeling van die bates dan noodwendig sal voortvloei, afgesien van hoe nadelig dit ook al vir die eienaars wat die gebou weer wil oprig mag wees. Sou dit nie 'n veel beter oplossing gewees het as die beheersregspersoon die geleentheid gebied word om te poog om die heropbou van 'n nuwe skema te bewerkstellig en om, indien dít misluk, die hof se hulp eers op daardie stadium in te roep nie? Ingevolge die huidige wetgewing kan die hof slegs kragtens artikel 37(4) 'n oordragfunksie aan die beheersregspersoon toeken en word daar geen maatreëls vir die heropbou van die gebou, behalwe wanneer die uitsonderlike posisie van 'n eenparige besluit tot heropbou bestaan, verskaf nie.

Dit is moeilik om te sien hoe die hof ingevolge die huidige wetgewing in gevalle waar daar *nie* 'n eenparige besluit tot heropbou verkry kan word nie,

72 Van der Merwe *Sakereg* 317: "Aangesien dit in die praktyk in die meeste gevalle moeilik sal wees om 'n eenparige besluit nie slegs daaroor te verkry dat die gebou geag word vernietig te wees nie, maar ook nog oor watter skema nou in verband met die grond aangepak moet word en hoe die regte en belange van die deeleienaars en saaklikgeregtigdes onderling gereël moet word, sal dit meestal die onbenydenswaardige taak van die hof wees om die rommel op te ruim. Die vraag kan tereg gestel word of dit billik van die wetgewer was om hierdie administratiewe taak aan die hof op te dra."

enige ander optrede sal kan magtig as dat verdeling en verkoping geskied. Hierdie gebrek in die wet kan egter deur geringe wysigings uit die weg geruim word.

Daar kan ook 'n ander moontlike oplossing vir die onderhawige probleme aan die hand gedoen word, maar ek wil daarop wys dat hierdie voorstel ingrypender wysigings as die eerste moontlikheid aan die Wet op Deeltitels sal verg. Dit is naamlik om die hele eiendomsbegrip, soos dit in die wet aangewend word, te wysig deur die *dele* in eiendomsreg aan afsonderlike eienaars toe te ken, terwyl die beheersregspersoon dan *eiendomsreg* ten opsigte van die gemeenskaplike eiendom verkry. Dit kan geen deeleienaar benadeel nie aangesien die deeleienaars tog maar ooreenkomstig hulle deelnemingskwota lede van die beheersregspersoon is. Dit impliseer dat hulle gebonde mede-eiendomsreg ten opsigte van die gemeenskaplike eiendom dan gewysig moet word in 'n aandeel (bereken volgens die deelnemingskwota) van 'n deeleienaar in die gemeenskaplike eiendom wat die beheersregspersoon toeval.

Hierdie werkwyse het veral twee voordele. Eerstens staan die beheer van die gemeenskaplike eiendom dan nie meer op so 'n losse voet nie (hier word veral aan die vloeibare beheersituasie by vernietiging van die gebou gedink), maar vir solank as wat die deeltitelskema in die akteskantoor geregistreer is, word die gemeenskaplike eiendom dan deur die beheersregspersoon volgens die vaste reëls en prosedure soos in die wet bepaal, bestuur. Dit ondervang dan veral die probleem by vernietiging van die gebou, waar dit tans kragtens die wet moontlik is dat daar vrye mede-eiendom, met al die nadele daaraan verbonde, in dergelike omstandighede kan ontstaan. Tweedens kan die onsekerheid oor wanneer die deeleienaars as gebonde mede-eienaars en wanneer hulle as lede van die beheersregspersoon optree, hiermee finaal uit die weg geruim word.

Ten einde die voorgestelde te implementeer, sal dit nodig wees dat die wet uitdruklik bepaal dat die beheersregspersoon eienaar van die gemeenskaplike eiendom word en dienooreenkomstige sal registrasie in die akteskantoor moet geskied. Deeleienaars se eiendomsreg ten opsigte van 'n deel sal nog steeds in die akteskantoor registreerbaar wees,[73] maar die eenheid as sodanig sal nie meer registreerbaar wees nie, aangesien 'n aandeel ten opsigte van die regspersoon, synde 'n persoonlike reg,[74] nie registreerbaar is nie. Ten einde hierdie probleem te ondervang, kan bepaal word dat slegs die *deel* van elke deeleienaar in die akteskantoor geregistreer word, terwyl die beperking op die vervreemding van 'n deel sonder 'n aandeel in die gemeenskaplike eiendom in die wet behou word.[75] Dit sal dan daarop neerkom dat 'n deeleienaar nog steeds 'n eenheid

73 a 2(b): ". . . kan afsonderlik eiendomsreg oor sodanige dele ooreenkomstig die bepalings van hierdie Wet verkry word."

74 Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 a 63(1): "Geen akte, of voorwaarde in 'n akte, wat 'n persoonlike reg in verband met onroerende goed heet te vestig . . . is vir registrasie vatbaar nie: Met dien verstande dat 'n akte wat so 'n voorwaarde soos vermeld bevat, geregistreer kan word indien, volgens die mening van die registrateur, daardie voorwaarde *aanvullend is tot of andersinds diensbaar* is aan 'n registreerbare voorwaarde of reg wat in die akte vervat is of verleen word" (my kursivering). Mens sou selfs 'n goeie saak kon uitmaak vir die argument dat die aandeel as persoonlike reg registreerbaar is aangesien dit *aanvullend* is tot of *diensbaar* is aan die registreerbare saakike reg ten aansien van 'n deel.

75 a 12(3).

ontvang, naamlik bestaande uit eiendomsreg ten opsigte van 'n deel wat registreerbaar is, waaraan onlosmaaklik 'n aandeel in die gemeenskaplike eiendom van die beheersregspersoon, wat nie registreerbaar is nie, gekoppel is. Die laasgenoemde aandeel in die gemeenskaplike eiendom word dan steeds aan die hand van die deelnemingskwota bepaal.

Buiten die beswaar dat dit ingrypende wetswysiging sal meebring, is daar 'n verdere beswaar wat dalk tereg geopper kan word. Indien die regspersoon gelikwideer sou word, sal dit meebring dat deeleienaars se eiendomsreg op 'n deel ook in gedrang kom, aangesien die deel onlosmaaklik aan 'n aandeel in die gemeenskaplike eiendom gekoppel is. Hierdie probleem sou egter ondervang kon word deur 'n beskermingsmaatreël in die wet in te bou wat dit vir skuldeisers van die regspersoon verpligtend maak om, indien die regspersoon nie in staat is om sy verpligtinge na te kom nie, eers die lede van die regspersoon wat nie hulle volle bydrae volgens hulle deelnemingskwota gemaak het nie, uit te win en selfs op sodanige lede se eenhede beslag te lê, alvorens daar tot likwidasie van die regspersoon oorgegaan word.[76] Daar kan 'n verpligting op die regspersoon as vonnisskuldenaar gelê word om aan die vonnisskuldeiser gegewens betreffende die deeleienaars wat nie hulle bydraes volgens die deelnemingskwota aan die regspersoon gemaak het nie, te verskaf, sodat sodanige lede sonder meer deur die vonnisskuldeiser gevoeg kan word. Op hierdie wyse sal dit wel moontlik wees om die regte van deeleienaars wat reeds al hulle verpligtinge teenoor die regspersoon nagekom het, te beskerm en sal likwidasie van die regspersoon alleen moontlik wees indien alle deeleienaars nie hulle verpligtinge teenoor die regspersoon nagekom het nie. Die kredietwaardigheid van die beheersregspersoon en die belange van skuldeiser sal sodoende beskerm word, aangesien die skuldeiser dan wel toegang tot beslagbare bates het sonder dat hy op die eenhede van deeleienaars wat wel alle verpligtinge nagekom het, beslag kan lê.

## 5 SLOT

Mens moet versigtig wees om nie die Wet of Deeltitels meteens té ingrypend te probeer wysig nie. Cowen[77] dui aan dat die praktiese probleme in sommige gevalle "may prove to be mere phantoms."

Waar dit egter duidelik blyk dat 'n onoplosbare probleem uit hoofde van die huidige wetgewing kan ontstaan, sal redelik drastiese wetswysiging die enigste uitweg wees.[78] Die eerste voorgestelde wysiging sal in die lig hiervan

76 Daar moet steeds in gedagte gehou word dat deeleienaars persoonlik vir die skulde van die regspersoon aanspreeklik is. Verder is deeleienaars volgens hulle deelnemingskwota vir alle uitgawes deur die regspersoon vir doeleindes van beheer en bestuur van die gemeenskaplike eiendom aangegaan, aanspreeklik. Die regspersoon sal derhalwe sy verpligtinge teenoor skuldeisers nie kan nakom net in gevalle waar sekere deeleienaars nie hulle bydraes ooreenkomstig hulle deelnemingskwota aan die regspersoon gemaak het nie. Waarom kan hierdie deeleienaars nie persoonlik aanspreeklik gehou word nie?

77 a w 38.

78 Cowen a w 36: "That improvements will have to be made after a period of experience of working of the act, and in the light of such actual experience, is common cause."

seker die aanvaarbaarste wees, aangesien dit met geringe wetswysiging die gewenste resultaat sal bewerkstellig. Ek wil egter tog aan die hand doen dat dit die moeite werd sal wees om die tweede voorstel te oorweeg, aangesien dit 'n meer eenvormige en uitvoerbare resultaat sal bewerkstellig.

Die regspersoon wat op hierdie wyse tot stand kom, sal in 'n veel groter mate draer van afsonderlike regte en verpligtinge wees as wat die geval ten opsigte van die beheersregspersoon ingevolge die huidige wetgewing is. Dat dit nog steeds ooreenkomstig die wet as beheersregspersoon sal moet funksioneer, kan nie geloënstraf word nie, maar die opheffing van die beperkinge wat tans op hierdie regspersoon rus sal die beheersregspersoon in 'n veel groter mate met ander regspersone, statutêr en gemeenregtelik, in ooreenstemming bring.

*Ek aanvaar met graagte dat totdat die* stare decisis-*beginsel amptelik dood verklaar is, hierdie hof moet bly by beslissings van, onder andere, die appèlafdeling en nie met beroep van die "viriliteit" van die regstelsel in effek 'n eie siening omtrent billikheid in die plek stel van die kollektiewe siening van jare se voorgangers wat in regsreëls en beslissings vervat is nie. In die algemeen en ook met betrekking tot die inhoud van algemene beginsels oor die "beginsels" teen verryking, sou ek die woorde van Gardiner r in* Urtel v Jacobs *1920 CPD 487 te 494 aanpas en aanvaar dat*

> "the Judge should (not) apply some idea of natural justice, where provision has already been made by principles of law. I do not sit here as a dispenser of generosity, a deviser of equity or an abrogator of established principles of law."

*Dit is gevolglik gepas om veral in die lig van* dicta *van die appèlhof, noukeurig te oorweeg of erkenning van eisers se vordering 'n ekstensie van erkende beginsels sal inhou. Uiteraard is interpretasie van vorige regspraak egter onvermydelik.* (Per *Flemming r in* Weibach v Grobler *1982 2 SA 15(0).)*

# AANTEKENINGE

## MOORD EN STRAFBARE MANSLAG – LAAT BARÁBBAS AAN DIE PEN RY

Alle Suid-Afrikaanse juriste is dit vrywel eens vandag dat moord die wederregtelike en opsetlike veroorsaking van die dood van 'n ander mens is. Ook is daar geen twis oor die bestaan van strafbare manslag as selfstandige misdaad nie. Wanneer dit egter by die omskrywing van laasgenoemde vorm van doodslag kom, byt akkoord in die stof.

Aanvanklik is die houding hier te lande ingeneem dat dit by strafbare manslag slegs om die wederregtelike veroorsaking van die oorledene se dood gaan. Op dié misdaadsprent het skuld nie as onontbeerlike vereiste figureer nie – daarvoor het die *versari*-kwas gesorg. (Vgl bv Hunt *South African Criminal Law and Procedure* bd 2 372.)

Onder volgehoue druk van akademiese kant (vgl Hunt t a p) het die appèlhof in die vroeë sestigerjare van hierdie eeu die denkding van skuldlose strafbare manslag 'n genadeslag toegedien. (Sien *S v Van der Mescht* 1962 1 SA 521 (A); *S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A).) Die aard van die vereiste skuld is egter nie heeltemal duidelik omlyn nie. Dit het op sy beurt meegebring dat die grens tussen moord en strafbare manslag onstabiel vertoon het. So is *via* die leerstuk van "partial excuse" die bestaan van 'n "hybrid or middle situation" verkondig – 'n soort voorgeborgte tot strafbare manslag waar die opsetlike doodslaner beskut is teen die wraak waarom moord steeds roep. (Vgl bv *R v Hercules* 1954 3 SA 826 (A) 832.) Ook het die Engelsregtelik geïnspireerde "specific intent"-gedagtegang meegebring dat op menig effens besope moordenaar se SAP 69-vorm slegs "strafbare manslag" pryk.

Weer het die appèlhof kragtig na vore getree. In *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) 1103 is "specific intent" besweer en in *S v Bailey* 1982 3 SA 772 (A) 799 was dit *mene mene tekel ufarsin* wat die "hybrid or middle situation" betref. Hiermee, so sou 'n mens moontlik kon verwag het, is die opvatting dat opsetlike doodslag op strafbare manslag kan neerkom, uit ons praktyk gedryf en is die kenmerk van laasgenoemde misdaad steeds, in die woorde van appèlregter Holmes (sien *S v Mtshiza* 1970 3 SA 747 (A) 752) "the unlawful negligent causing of the death of a fellow being." (Vgl in die algemeen *R v Koen* 1937 AD 211 213; *S v Thenkwa en 'n Ander* 1970 3 SA 529 (A) 534; *S v Ngobozi* 1972 3 SA 476 (A) 478; *S v Ntuli* 1975 1 SA 429 (A) 436; *S v Burger* 1975 4 SA 877 (A) 878 879.)

Die duur van nalatigheid as egtheidstempel van strafbare manslag in ons praktyk mag egter dié van 'n eendagsvlieg wees. Nie alleen het die appèlhof hom nog nie direk uitgespreek oor die benadering voorgehou in *S v September* 1972

3 SA 389 (K) *cum suo* nie, maar ook het die Natalse hof nou 'n rigting ingeslaan wat die misdaadsomskrywing van strafbare manslag weer eens na die smeltkroes verban.

Hoewel in *S v September* 1972 3 SA 389 (K) en weer in *S v Smith* 1981 4 SA 140 (K) (albei uitsprake van regter Van Heerden) nalatigheid nie uitdruklik as eksklusiewe skuldvorm by strafbare manslag bevraagteken is nie, lei die hof se redenasie tog tot so 'n toedrag van sake. Die uitgangspunt dat bewys van opset steeds ook bewys van nalatigheid daarstel, noop immers die afleiding dat opsetlike doodslag altyd ten minste strafbare manslag verteenwoordig.

Hierdie benadering van die Kaapse hof wat die prinsipiële verskil tussen opset en nalatigheid verdoesel, het nie alleen van skrywerskant die wind sterk van voor gekry nie (vgl Van der Merwe 1972 *THRHR* 299 ev; Middleton en Rabie 1972 *THRHR* 383 ev; Van Oosten 1981 *De Jure* 343 ev; Hiemstra, *LAWSA* 5 454 par 634 nota 4; Hugo 1973 *Die Landdros* 31 ev; De Wet en Swanepoel *Strafreg* 3de uitgawe 219 nota 45; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 4de uitgawe 131; Snyman *Strafreg* 199), maar is ook in stryd met regspraakgesag waarvolgens opset en nalatigheid nie oorvleuel nie. (Vgl *R v Nkosi* 1928 AD 488 489; *S v Sigwahla* 1967 4 SA 566 (A) 570; *S v Ntuli* 1975 1 SA 429 (A); *S v Burger* 1975 4 SA 877 (A) 879; *S v Naidoo* 1974 4 SA 574 (N) 596; *S v Zinzani* 1979 1 SA 935 (OK) 939.)

Dit sou weinig sin hê om weer *in extenso* op die onhoudbare van die *ratio decidendi* in *September* en *Smith* te wys. Daarom word volstaan deur die aandag te vestig op *S v Alexander* A 93/81 TPA 1981-08-12 (ten tyde van die skrywe hiervan nog nie gerapporteer nie):

Die beskuldigde het in die streekhof tereggestaan op 'n aanklag van strafbare manslag. Die getuienis het getoon dat die beskuldigde opsetlik die dood van die oorledene veroorsaak het. Hierop het die streeklanddros die beskuldigde aan aanranding met die opset om ernstig te beseer, skuldig bevind. By appèl word die hof *a quo* se benadering onderskryf. Regter Schreiber verklaar (op bl 10) onder andere:

> "Ek kan met respek nie saamstem met die beslissings in die *September*- en *Smith* sake . . . nie . . . Moord is die wederregtelike opsetlike veroorsaking van die dood van 'n medemens. Strafbare manslag is die wederregtelike nalatige veroorsaking van die dood van 'n medemens . . . Hoewel die skeidslyn tussen *dolus eventualis* en *culpa* soms eng is, kan daar geen twyfel bestaan dat dit twee selfstandige en onderskeie skuldvorms is nie . . . In die geval van *dolus* word die dader verwyt dat hy die gevolg voorsien het en hom daarmee versoen het of dat dit sy oogmerk was. In die geval van *culpa* word dit die dader juis verwyt dat hy die gevolg nie voorsien het en voorsorg teen die intrede daarvan getref het nie."

Op bl 17 konkludeer die regter:

> "Na my oordeel was die Landdros in die onderhawige saak korrek deur te bevind dat deur *dolus* te bewys die Staat gefaal het om hom van sy bewyslas op die aanklag van strafbare manslag te kwyt."

Regter Van Reenen het met hierdie uitspraak saamgestem.

Met die, soos met respek in oorweging gegee word, suiwer klanke vanuit die Transvaalse hof, harmoniseer die beslissing in *S v Zoko* AR 72/82 NPA 1982-09-30 (ten tyde van die skrywe hiervan nog nie gerapporteer nie) allermins.

Van die Natalse hof is geverg om in 'n gestelde saak die volgende vraag te beantwoord:

> ". . . whether the magistrate erred in law in holding that, where on a charge of culpable homicide the proved facts established the crime of murder, the court was precluded from returning a verdict of guilty of culpable homicide."

Hoewel twee uitsprake gelewer word, is die uiteindelike bevinding dat die antwoord bevestigend moet wees, eenparig.

In sy interessante uitspraak (waarmee regter Kumleben saamgestem het) vind regter Didcott dit onnodig "to venture a definite answer to the question whether negligence is proved whenever intention is" (30). Hy verkies om te werk met wat hy 'n "revised definition" van strafbare manslag noem (30). Hiervolgens sou strafbare manslag neerkom op "the killing of a human being which is both unlawful and blameworthy" (31). Die regter verduidelik (t a p), met verwysing na sy "revised definition", dat "neither the intention to kill nor its absence is an ingredient of the offence". Voorts word beklemtoon (t a p) dat "while negligence always suffices for blameworthiness, it is not essential in itself or, once blameworthiness is otherwise apparent, not at all".

Hieruit is meteen duidelik dat, volgens regter Didcott, wederregtelike en opsetlike doodslag op strafbare manslag kan neerkom en dat die landdros dáárom in die onderhawige geval sou gedwaal het deur nie die beskuldigde aan strafbare manslag skuldig te bevind het nie. Voorts blyk dat, hoeseer die regter dit ook al wil ontken (33), ons weer gekonfronteer word met die treurspel van ondeugdelike oorvleueling tussen moord en strafbare manslag. Dit wat onhoudbaarhede soos die "partial excuse"-leerstuk, die "specific intent"-teorie en die *September*-simbiose van opset en nalatigheid bewerkstellig het, word nou vermag deur 'n "revised definition".

As *ratio decidendi* vir sy bevinding dat die skuldvorm by strafbare manslag nie tot nalatigheid beperk moet word nie, voer regter Didcott (36) aan:

> "the possibility of intention does not necessarily vanish from the scene, 'juridically' or otherwise, once intention is held not to have been proved beyond a reasonable doubt. The possibility may nevertheless remain a real one, which operates in order to preclude a finding beyond reasonable doubt of negligence".

Word eenmaal begryp dat die skuldvorm opset, net soos nalatigheid, 'n verwyt is wat die hof 'n beskuldigde toevoeg (vgl Snyman a w 124 e v; Van der Merwe 1976 *SALJ* 280 282) en dat skuldsubstraat en verwyt nie verwar moet word nie, dan moet duidelik wees dat wanneer 'n hof twyfel oor die aanwesigheid van die wil om te dood as opsetsubstraat, die hof nie die beskuldigde met 'n dusdanige verwyt besoek nie. Daarmee *cadit quaestio* wat opset betref en moet gevolglik slegs vasgestel word of die nalatigheidsverwyt die beskuldigde tref. Hiermee

word ook nie rekening gehou nie waar regter Didcott (bl 14 e v) 'n absurditeit meen te bespeur wat hy soos volg toelig:

> "It (*sc* die hof) is . . . satisfied that the killing was either intentional or negligent and therefore blameworthy on one or the other score. It is unable to find beyond reasonable doubt, however, that the killing was intentional rather than negligent. Nor is it able, for that matter, to find beyond reasonable doubt that the killing was intentional rather than negligent. Nor is it able, for that matter, to find beyond reasonable doubt that the killing was negligent rather than intentional. The accused person cannot be convicted of murder. The reasonable possibility that the killing was not intentional but negligent sees to that. Nor can he be convicted of culpable homicide. It is no less possible that the killing was, after all, intentional . . . The accused person must therefore be acquitted entirely, he must go scot free, although a killing by him which was both unlawful and blameworthy has been proved beyond a shadow of doubt."

Dadelik moet daarop gewys word dat indien nòg opset nòg nalatigheid bo redelike twyfel bewys is, dit moeilik is om te begryp hoe die hof "satisfied" kan wees dat "the killing was either intentional or negligent and therefore blameworthy" en dit nog al "beyond a shadow of doubt".

Waar die appèlhof, veral by monde van appèlregter Holmes, strafbare manslag by herhaling omskryf het slegs met verwysing na nalatigheid as vereiste skuldvorm, trag regter Didcott om aan te toon dat daarmee nie te kenne gegee is dat opsetlike strafbare manslag van die baan is nie (21 e v). Die hof verwys o a na die volgende *dictum* van appèlregter Holmes in *Bernardus* 305:

> "I proceeded then to enquire whether there is proof beyond reasonable doubt that the appellant ought reasonably to have foreseen the possibility that his assault on the deceased might result in his death . . . The question whether he did foresee such possibility does not arise in this case, as he was convicted of culpable homicide, not murder."

Hierop redeneer regter Didcott (23):

> "The question would certainly have arisen, however, had the foresight of death and therefore the intention to cause it really stood in the way of a conviction for culpable homicide . . . Holmes, J A's treatment of intention as irrelevant shows that, as he saw things, neither the possibility nor even the proof of such would have operated to defeat the case for culpable homicide."

Met respek moet daarop gewys word dat as opsetlike doodslag ook op strafbare manslag kan neerkom, dit tog vreemd is dat appèlregter Holmes die kwessie van opset nie te berde gebring het nie. In die stadium toe hy die onderhawige *dictum* geuit het, het hy nog nie nalatigheid bevind nie en daarom sou hy beswaarlik opset links laat lê het, as hy sodanige skuldvorm as relevant vir 'n ondersoek na strafbare manslag beskou het. Ook kan 'n mens nie help om te voel dat regter Didcott 'n siening aan appèlregter Holmes toedig wat nie deur sy woorde geregverdig word nie. So sê appèlregter Holmes nêrens dat opset irrelevant is waar nalatigheid aanwesig is nie, maar koppel hy die nie-tersaaklikheid van opset direk aan die veroordeling weens strafbare manslag. In ieder geval kan

hierdie opmerking van appèlregter Holmes in 1962 beswaarlik afbreuk doen aan sy duidelike stelling in *Ntuli* 436 (om slegs daarmee te volstaan):

> "Culpable homicide is the unlawful negligent killing of a human being. Thus, *culpa* is an essential element of this crime."

In sy afsonderlike uitspraak in *Zoko* lê regter Thirion klem op die gebruik van die woord *culpa* in die pas aangehaalde *dictum*. Met verwysing o a na 'n aantal welbekende Romeinsregtelike tekste toon laasgenoemde regter tereg aan dat *culpa* soms in die wyer sin van skuld en soms in die enger betekenis van nalatigheid gebruik word. Vir sover die regter egter te kenne wil gee dat appèlregter Holmes in die onderhawige passasie *culpa* in die wyer betekenis gebruik het, kan beslis nie saamgestem word nie. Dit is haas ondenkbaar dat 'n Holmes wat soveel bekendheid verwerf het vanweë keurige taalgebruik en logiese denkpatrone, hom ooit so 'n *non sequitur* sou laat welgeval het deur in effek te sê:

> "Culpable homicide is the unlawful negligent killing of a human being. Thus, fault (i e intention and negligence) is an essential element of this crime."

As appèlregter Holmes strafbare manslag ook as opsetmisdaad beskou het, is dit werklik vreemd dat hy nooit êrens so gesê het nie.

Met respek word in oorweging gegee dat, sowel ooreenkomstig bindende positiefregtelike gesag as die eise van gesonde teoretiese sisteem, nalatigheid die enigste skuldvorm is wat by strafbare manslag te pas kom en dat die begrippe opset en nalatigheid nie ooreenval nie. Die onvermydelike uitloop, soos ons prosesreg tans lees, is dat 'n streeklanddros nie 'n beskuldigde wat op aanklag van strafbare manslag teregstaan, aan vermelde misdaad kan skuldig bevind indien opsetlike doodslag bewys is nie. Omdat hierdie resultaat al as "belaglik" (*September* 391) en "onsuiwer" (La Grange 1981 *Die Landdros* 213 e v; 1982 *Die Landdros* 148 e v) bestempel is en daar ook reeds aangevoer is dat dié onderliggende gedagtegang 'n "farce" van moordsake in die hooggeregshof kan maak (*Zoko, per* Didcott 34), ontstaan die vraag of suiwer teorie nie hier voor praktiese werklikhede 'n voetval moet doen nie.

Terstond moet geboekstaaf word dat geen regswetenskaplike beginsel as gepositiveerde filosofie suiwer kan wees indien dit, die beginsel as sodanig, tot onreg lei nie. (Vgl Ellis 1982 *Die Landdros* 64 68.) Steeds moet aan die ander kant in gedagte gehou word dat die foutiewe praktiese aanwending van 'n suiwer beginsel mag meebring dat die beginsel self onder verdenking geplaas word. So moet byvoorbeeld daarteen gewaak word om 'n materieelregtelike sisteem te kruisig, terwyl 'n prosesregtelike Barábbas vry uitgaan. Waarom per slot van rekening moet die omskrywing van strafbare manslag ly waar 'n moordenaar in die praktyk voor 'n verkeerde forum gedaag word, op aanklag van 'n misdaad wat hy nie gepleeg het nie en dit eenvoudig omdat, vanweë 'n kortsigtige formeelregtelike norm, die betrokke hof nie die jurisdiksie het om die beskuldigde te bereg vir die misdaad wat die getuienis openbaar nie en ook magteloos is om die aangeleentheid voor 'n bevoegde hof te plaas?

Dit sou onkundig wees om misprysend na die kantoor van die prokureur-generaal te verwys wanneer blyk dat 'n moordenaar op aanklag van strafbare manslag in 'n streekhof verskyn. Slegs hy wat praktykvreemd is, sal onder die indruk verkeer dat 'n dossier 'n betroubare handleiding is oor die getuienis wat tydens 'n verhoor gelewer gaan word.

Vir die minder gelukkige praktyksverskynsel dat 'n moordenaar soms slegs weens aanranding met die opset om ernstig te beseer veroordeel word, moet nie die prokureur-generaal nie, ook nie die beginsels van strafbare manslag nie, maar wel die Barábbas van ons strafprosesreg, die feit dat streekhowe geen moordjurisdiksie het nie, aan die pen ry. Sou die streekhof egter deur die wetgewer met moordjurisdiksie beklee word en sou 'n beskuldigde in toepaslike gevalle eerder van moord as strafbare manslag voor dié hof aangekla word, behoort die onderhawige dilemma te verdwyn.

Om streekhowe met moordjurisdiksie te vertrou, beteken nie dat vermelde howe se strafbevoegdheid noodwendig verhoog moet word nie. Dit is byvoorbeeld nie nodig om aan streekhowe die bevoegdheid te verleen om die doodstraf op te lê nie. Streekhowe bereg trouens daagliks, en met groot grasie, talle halsmisdade sonder sodanige strafbevoegdheid. Omdat die doodstraf, op enkele uitsonderings na, verpligtend is waar 'n beskuldigde aan moord sonder versagtende omstandighede skuldig bevind word, sal wetgewing wat aan streekhowe verhoorbevoegdheid in moordsake verleen, sonder verhoging van strafjurisdiksie, voorsiening moet maak vir 'n verwysingsmeganisme na die hooggeregshof, wanneer omstandighede sodanige verwysing noodsaak. Aldus kan, deur 'n geringe wetteregtelike wysiging van die formele reg verhoed word, enersyds, dat 'n moordenaar slegs aan aanranding met die opset skuldig bevind word en, andersyds, dat moord op die beginsels van strafbare manslag gepleeg word.

N J VAN DER MERWE
*Justisie-Opleiding*

## WEER EENS *DOLUS EVENTUALIS* EN *LUXURIA*

In 1982 *THRHR* 423 en verder lewer Van Oosten 'n "verduideliking weens 'n repliek." Vir 'n juris klink so iets natuurlik verspot. Ten spyte van sy onderneming (in die eerste paragraaf van sy aantekening) om nie in herhaling van reeds gestelde standpunte te verval nie, doen hy dit wel – hierdie keer egter in 'n meer aggressiewe toon.

Wat sy "verduideliking" sowel as sy antwoord betref, lê my antwoord reeds in my "betoog" en "repliek," en ek glo ons behoort die saak nou oor te laat aan die lesers wat 'n aantekening in hierdie tydskrif sien as 'n poging tot 'n bydrae tot die wetenskap en nie as persoonlike stoom-afblaas nie. (Sien Bertelsmann 1982 *THRHR* 412.)

Van Oosten maak talryke aanvegbare stellings. Ek verskaf egter slegs die volgende verheldering sodat ek nie ook in herhaling verval nie:

1 In gevalle van opset by moontlikheidsbewussyn en bewuste nalatigheid kan skuld en wederregtelikheid in 'n groot mate nie van mekaar losgemaak word nie. Die biblioteke wat gevul staan deur die polemiek aangaande die "Finale Handlungslehre" en sy probleme is gesag hiervoor. Toegepas op die voorbeeld van die motoris (Van Oosten 425) het die vraag of die bestuurder verkeersreëls verontagsaam al dan nie met die onderhawige argument niks te make nie tensy 'n mens, soos Van Oosten, in slaggate van *"versari"* struikel.
Indien 'n persoon onder 'n motor beland en sterf, is die bestuurder se aanspreeklikheid en die vraag of sy optrede vir doeleindes van moord of strafbare manslag wederregtelik was slegs vas te stel aan die hand van die vrae of 'n redelike man die dood sou voorsien het, of die bestuurder dit self voorsien het, met welke mate van sekerheid hy dit voorsien het, ensovoorts. Die feit dat hy die spoedgrens oorskry het, aan die verkeerde kant van die pad gery het, sonder rybewys bestuur het, ensovoorts, sou hoogstens bewysregtelik van waarde kon wees.

2 Die probleem rakende die skeidslyn tussen *dolus eventualis* en *luxuria* is gegrond op die feit dat by albei skuldvorme die "skadelike" gevolge van die betrokke optrede voorsienbaar is. (Sien my aantekening in 1981 *SASK* 170.) In geval van bewuste nalatigheid vertrou die dader egter dat die strafbare gevolge sal uitbly. Hy besluit om te handel in die aanname dat hierdie optrede 'n gelukkige einde sal hê. In sy plan van aksie reken hy nie meer met die intrede van die gevolge nie. Hy voorsien dit derhalwe nie meer as 'n *konkrete* moontlikheid nie. (Sien my aantekening in 1981 *NStZ* 178.)
In geval van *dolus eventualis* weer reken die dader met die moontlike gevolge en dit beteken om daaraan soveel ". . . Gewicht beizumessen, dass mit ihr im Aktionsplan des Handelnde kalkuliert wird, insbesondere in der Weise, dass der Handelnde darauf einsgestellt ist, der Gefahr entgegenzutreten, falls diese etwa eintreten würde." (Ross *Über den Vorsatz* (1979) 86). So gesien, lê dit voor die hand dat *die reken met die intrede* en *die vertrou op die uitbly* "komplimentêre" begrippe is wat wedersyds uitsluitend is. Wie met die intree van die gevolge reken, kan weliswaar hoop – maar nie vertrou nie – dat dit nie sal intree nie. (Welzel *Das deutsche Strafrecht* (1969) 68). Indien hierdie gesigspunt aanvaar word, verval Van Oosten se volgehoue *teenstrydigheid.*

3 In sy jongste aantekening (430) haal Van Oosten homself aan ten einde inhoud te gee aan die begrippe "aanvaarding" en "verwerping". Hierdie aanhalings het nie oorspronklik by my verby gegaan soos hy meen nie, maar is juis die voorwerp van my kritiek aangesien een abstrakte begrip bloot met 'n ander vervang word, byvoorbeeld "neergelê" vir "aanvaar" en "kans te waag" vir "versoening." As die gebruik van die begrippe "roekeloosheid" en "onverskilligheid" ook nog as sinonieme vir "aanvaarding" gebruik word – soos wat Van Oosten vroeër doen – dan is die verwarring des te groter. Wat word van die gewone semantiese inhoud van woorde?

4 In sy slotopmerkings (432) beweer Van Oosten dat die Anglo-Amerikaanse reg nie *dolus eventualis* en *luxuria* ken nie. Dit noem ek egter reeds in my artikel (1981 *SASK* 170) wat die basis van ons gesprek vorm. (Teen die tyd dat 'n mens op 'n repliek antwoord, het baie tyd natuurlik reeds verloop.) In bedoelde artikel, asook by ander geleenthede (sien 1982 *THRHR* 321), het ek egter die relevansie vir doeleindes van die onderhawige gesprek uiteengesit en ek doen dit nie weer nie.
Dieselfde geld vir die toepaslikheid van die Duitse (en ander) gesag. Die hele essensie van die onderhawige gesprek het immers (in elk geval wat my betref) 'n "kritiese evaluasie" ten grondslag.

5 Van Oosten (423) verwys na wanvoorstellings. By die deurlees van sy aantekening blyk dit gelukkig dat hy *verkeerde voorstelling* of *mistasting* bedoel. Die gebruik van een van laasgenoemde terme of iets soortgelyks sou veel hofliker (en minder lasterlik) gewees het. Dit is betekenisvol dat hoofregter Rabie by die pas afgelope regsdosente-kongres ons regskole oor die vingers getik het weens die onhoflike en neerhalende kampanjes in tydskrifte. In elk geval is dit heel onvanpas in die doyen van Suid-Afrikaanse regstydskrifte.

DW MORKEL
*Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

HUGO DE GROOT-ARGIEF

*Die bestuur van die Vereniging Hugo de Groot het besluit om 'n Hugo de Groot-argief, wat by die Universiteit van Pretoria gehuisves sal word, tot stand te bring. Die oogmerk is om dokumente en ander stof wat betrekking het op die* Tydskrif, *die Vereniging Hugo de Groot en die ou skrywers te versamel. Nadere besonderhede kan van* Prof SR van Jaarsveld *van die Universiteit van Pretoria bekom word.*

# VONNISSE

## BRACK V CITYSTATE TOWNHOUSES (PTY) LTD 1982 3 SA 364 (W)

*Koop van grond – wet 71 van 1969 – rektifikasie – ondertekening deur partye*

Artikel 1(1) van Wet 69 van 1971 het weer in twee beslissings in die Julie-uitgawe van die Suid-Afrikaanse hofverslae verskyn. Hulle is *Brack v City-State Townhouses (Pty) Ltd* 1982 3 SA 364 (W) en *Thathiah v Kahn NO* 1982 3 SA 370 (D). Albei beslissings is interessant, maar alleen *Brack* word hier bespreek.

Die feite in *Brack* was die volgende: 'n ooreenkoms tussen die applikant en respondent is vervat in 'n skriftelike dokument, skynbaar in gedrukte vorm. Daar was plekke vir die handtekening van die koper, die verkoper en getuies teenoor elkeen van hierdie omskrywings. Die plekke vir ondertekening is gemerk vir al die partye en die getuies moes naas die party teken. Die applikant het as 'n koper geteken maar die verteenwoordiger van die respondent het geteken op die plek van 'n getuie en sy weergawe dat hy foutiewelik so geteken het, word deur regter Botha aanvaar vir die doeleindes van die saak. Die respondent wou nie meer aan die ooreenkoms gebonde wees nie.

Regter Botha beslis dat *ex facie* die kontrak daar geen twyfel bestaan dat dit nie voldoen aan die vereistes van artikel 1(1) van Wet 71 van 1979 nie,

> "... for the obvious and simple reason that the document does not reflect that it was signed by or on behalf of the seller" (367 E-F).

Gevolglik kan dit nie gerektifiseer word nie. Vir hierdie stelling beroep die regter hom op *Magwaza v Heenan* 1979 2 SA 1019 (A), in welke beslissing *Dowdle's Estate v Dowdle* 1947 3 SA 340 (T) gevolg is.

Die applikant se advokaat het verder betoog (367H – 368E) dat dit uit die stukke duidelik is dat dit die respondent se verteenwoordiger was wat geteken het. Met verwysing na die blanko-spasie by die woord "seller" en die ander handtekening, is daar dus 'n onduidelikheid oor die geldigheid van die dokument en gevolglik moet getuienis toegelaat word om dit op te klaar. In hierdie verband word daar gesteun op *Johnston v Leal* 1980 3 SA 927 (A). Daar word egter bevind dat hierdie argument nie geldig is nie: oënskynlik steun dit nie op rektifikasie nie, maar word daar tot 'n gevolgtrekking geraak wat nie sonder rektifikasie bereik kon word nie (368 E – F). Die regter bevind dat *Johnston v Leal*

*supra* nie van toepassing is in hierdie geval nie aangesien:

> "[i]n that case there was uncertainty *ex facie* the contract in question whether the parties had intended a clause containing a blank to be part of their contract or not. If the evidence which was held to be admissible in that case were led and it showed that the parties had intended the clause to be *pro non scripto,* that clause would automatically have been excised from what the parties had intended to integrate in their written contract, and the result, without more, would have been that the contract would have been shown to be valid. In the present case the position is quite different. If Chapat's [die verteenwoordiger] evidence is accepted, it explains why his signature appears as that of a witness, and why there is a blank above the word "Seller", but it goes no further than showing that a mistake had been made. It certainly does not show that the contract is valid, because Chapat cannot by giving evidence transpose his signature on the document from where it actually appears under the words "As Witnesses" to the blank space above the word "Seller", and so fill in the blank space, notionally but not physically, as it were, just as the evidence in *Johnston v Leal (supra)* could not have been used to fill in the blank in the clause if it appears that the parties had agreed on what had to be inserted there, but had by mistake omitted to do so" (368 H–369 C).

Dit wil voorkom of die regter se basis vir so 'n beslissing soos volg saamgevat word:

> "The applicant cannot achieve his object without the rectification of the document, but the document is a nullity on the face of it, and accordingly the applicant is precluded from being afforded relief on the authority of the decision of the Appellate Division in *Magwaza v Heenen (supra)*" (369 G–H).

Die vraag is dus wat beslis is in *Magwaza.* Die feite was verskillend van die onderhawige geval – daar het dit gegaan om 'n onvoldoende beskrywing van die eiendom. Rektifikasie was ter sprake.

Waarnemende appèlregter Hoexter bevind dat rektifikasie van 'n koopkontrak van grond slegs kan plaasvind indien dit "on the face of it" voldoen aan artikel 1(1) van Wet 71 van 1969 (1926A–B en 1029B–C). In hierdie verband volg hy woordeliks die beslissing in *Dowdle* soos op 354 van daardie beslissing beslis is. Dit is egter van belang om op te merk dat in sowel *Dowdle* as in *Magwaza* die eiendom wat verkoop is, nie voldoende beskryf is nie.

Vervolgens moet daar ook gevra word wanneer die kontrak "on the face of it" voldoen aan artikel 1. Die doel en strekking van artikel 1 word gerieflikheidshalwe saamgevat in *Clements v Simpson* 1971 3 SA 1 (A) 7A–8C.

Opsommend kan gesê word dat die doel daarvan is dat onsekerheid, geskille en wanpraktyke uit die weg geruim moet word. Voorts is noukeurige akkuraatheid in die beskrywing van die koopsaak nie 'n vereiste nie: dit moet alleen sodanig identifiseer word dat dit uit die dokument geëien kan word. Dit is dus van belang om daarop te let dat die bedoeling van die partye uit die geskrewe dokument moet blyk. Wat dus op skrif moet wees, is die wesenlike bedinge van die ooreenkoms sodat daar voldoen kan word aan die vereistes van artikel 1. Indien dit nie die geval is nie, kan daar

geen rektifikasie plaasvind nie en dit verklaar dan ook die benadering gevolg in *Magwaza* en *Dowdle*.

Daar moet egter op gewys word dat die lei van getuienis ten aansien van die inhoud van 'n kontrak nie noodwendig neerkom op rektifikasie nie. Rektifikasie vind plaas wanneer die geskrewe ooreenkoms die bedoeling van die partye nie korrek weerspieël nie as gevolg van 'n gemeenskaplike dwaling wat te goeder trou begaan is – met ander woorde, indien daar sekere bepalings weens 'n vergissing ingevoeg of uitgelaat is (vgl *Strydom v Coach Motors (Edms) Bpk* 1975 4 SA 838 (T)).

Verder is dit van belang dat die ekstrinsieke getuienisreël ingevolge waarvan die geskrewe stuk die enigste memorandum van die ooreenkoms tussen partye is, in twee afdelings verdeel moet word, naamlik die integrasiereël wat die perke van die kontrak bepaal, en die ander reëls wat bepaal in welke mate ekstrinsieke getuienis die inhoud van 'n geskrewe kontrak kan ophelder (*Johnston v Leal supra* 943A). Die doel van die integrasiereël is om te verhoed dat 'n party tot 'n geïntegreerde ooreenkoms hierdie ooreenkoms kan wysig met verwysing na ekstrinsieke getuienis en op daardie wyse poog om die kontraksbedinge te herdefinieer. In hierdie sin kan daar gesê word dat rektifikasie inderdaad 'n uitsondering is op die integrasiereël. By rektifikasie word die kontrak inderdaad herdefinieer, maar goeie redes vir hierdie herdefinisie moet verstrek word.

Die lei van ekstrinsieke getuienis oor die interpretasie van die ooreenkoms, waar die doel nie is om die dokument te weerspreek nie, het niks te doen met rektifikasie nie. Dit het niks te doen met die integrasiereël nie en die doel daarvan is bloot om onsekerhede op te klaar. In hierdie verband wil dit voorkom of die beslissing en ook die feite in *Johnston v Leal supra* van belang is: In daardie saak is 'n bepaling in die ooreenkoms blanko gelaat en die vraag ontstaan in welke mate getuienis gelei kan word. Appèlregter Corbett sê op 943C – E:

> "... in a case such as the present, where *ex facie* the document itself the contract appears to be incomplete, the object of leading extrinsic evidence is not to contradict, add to or modify the written document or to complete what is incomplete so that the contract may be enforced thus completed, but merely to explain the lack of completeness, to decide why the parties left blanks in a particular clause and what the integration actually comprises, and in this way to determine whether or not the document constitutes a valid and enforceable contract and is in conformity with s 1(1) of the Act."

Ook in die onderhawige geval het ons te doen met 'n blanko-spasie. Die enigste verskil is dat in die onderhawige geval, die blanko-spasie vir 'n handtekening bedoel is en van 'n ander aard is as in *Johnston v Leal*. Die basis bly egter nog steeds dieselfde.

Indien ons egter onderskei tussen rektifikasie en die lei van ekstrinsieke getuienis, behoort die lei van getuienis geen probleem te bied om te verklaar waarom die kontrak daar uitsien soos dit in die geskrewe dokument voorkom nie. In die onderhawige geval was daar handtekeninge van getuie, hoewel daar nie 'n verkoper vir die een getuie geteken het nie. Daar is dus 'n onduidelikheid wat opgeklaar moet word. In hierdie verband kan die reëls

soos neergelê deur appèlregter Schreiner in *Delmas Milling Company Ltd v Du Plessis* 1955 3 SA 447 (A) 453–455 in gedagte gehou word. Rektifikasie speel dus geen rol nie en die figuurlike oordrag van handtekeninge sal dus geen probleem wees nie. Getuienis behoort dus in 'n geval soos die onderhawige toegelaat te word ten einde die onsekerheid op te klaar.

'n Probleem wat uit regter Botha se beslissing kan ontstaan, is wat sou gebeur in die geval waar die koper en die verkoper albei natuurlike persone is en die verkoper, soos in die onderhawige geval, ook verkeerd geteken het, maar die handtekening van sowel koper as verkoper duidelik leesbaar was. Eweneens sal daar 'n lakune bestaan by die omskrywing van die verkoper, maar dit sal meer duidelik wees dat dit inderdaad die verkoper was wat geteken het. Volgens die argument van regter Botha sal ook so 'n ooreenkoms ongeldig wees. Dit sou egter onnodige onbillikhede in die hand werk. Die vereistes van artikel 1 is dat die ooreenkoms onderteken moet word, nie dat die kontrak ongeldig is indien dit op 'n verkeerde plek onderteken word nie. Indien die handtekening in geskil geplaas word, behoort daar getuienis gelei te word, ongeag waar die handtekening op die dokument voorkom. Getuienis sal dus gelei moet word om die handtekening aan die identiteit van die kontrakparty te koppel. Indien dit onsuksesvol is, sal die kontrak gevolglik ongeldig wees.

PIETER PAUW
*Lid van die Johannesburgse Balie*

## S v MARWANE 1982 3 SA 717 (A)

*Bophuthatswana – Constitution of – whether South African statutes on terrorism and sabotage in conflict with Constitution*

The appellant had been charged with contraventions of the Terrorism Act 83 of 1967, section 21 of the General Law Amendment Act 76 of 1962 (the so-called "sabotage provisions") and the Arms and Ammunition Act 75 of 1969. All these statutes are acts of the South African parliament which formed part of the law obtaining in Bophuthatswana immediately prior to the attainment of independence by Bophuthatswana on 6 December 1977, the date upon which the Constitution of Bophuthatswana came into operation.

The appellant had been convicted on the first (and main) charge and sentenced to 15 years' imprisonment. Leave to appeal against his conviction and sentence was refused by the court *a quo* but granted by the appellate division.

The main issue before the eleven-man constitutional court was whether the Terrorism Act and sabotage provisions conflict with the Constitution of Bophuthatswana and, if so, whether they were invalid in Bophuthatswana despite the "retaining" clauses in the Constitution. Sections 7(1) and 93(1) of the Constitution, in particular, required close scrutiny.

There can be little doubt that the Terrorism Act and the sabotage provisions conflict irreconcilably with the Constitution on several points. As indicated by Miller JA (746G-747B), section 2(1) of the Terrorism Act places upon the accused the *onus* of proving beyond reasonable doubt the absence of the essential elements of the crime of terrorism, including intention. Section 12(7) of the Constitution provides that anyone charged with a criminal offence is presumed innocent until proved guilty according to law. Secondly, section 6(5) of the Terrorism Act denies access to the courts to any person detained in terms of section 6(1), which is in direct conflict with section 12(5) of the Constitution. Furthermore, the Terrorism Act is of retrospective effect, while section 12(8) of the Constitution provides that no-one shall be guilty of a criminal offence if the act charged did not constitute a criminal offence when it was committed.

The sabotage provisions, too, are in conflict with the Constitution, since they place on the accused the *onus* of proving that any act specified in section 21(1) of the General Law Amendment Act 76 of 1962 and wrongfully committed by him, was, "objectively regarded, not calculated" and not done "with intent to produce" the effects specified.

Respondent's counsel did not challenge the contention that these conflicts existed, and the issue was therefore simply one of interpretation. Section 7 of the Constitution reads:

> "(1) This constitution shall be the supreme law of Bophuthatswana.
> (2) Any law passed after the date of coming into operation of the constitution which is inconsistent with the provisions thereof, shall, to the extent of such inconsistency, be void."

Section 93(1) reads:

> "(1) Subject to the provisions of this constitution –
> (a) all laws which immediately prior to the commencement of this constitution were in operation in any district of Bophuthatswana, . . .
> shall continue in operation and continue to apply except in so far as such laws are superseded by any applicable law of Bophuthatswana or are amended or repealed by Parliament in terms of this constitution . . ."

At first glance the issue seems perfectly straightforward, and this was the view taken by the minority of the court. It was held (per Rumpff CJ, Rabie, Joubert and Cillié JJA concurring) that the phrase "subject to the provisions of this constitution . . ." in section 93(1) should be restrictively construed, and should not be regarded as excluding the South African legislation concerned from operation in Bophuthatswana. The fact that section 7 clearly states that laws passed *after* the date of coming into operation of the Constitution will be void if inconsistent with the provisions of the Constitution, and that no mention is made in chapter 1 of the Constitution of existing laws which could be inconsistent with chapter 2 (the Declaration of Fundamental Rights) was felt to be significant.

The minority reasoned further that since section 98(1) provides expressly that a number of South Afri-

can statutes mentioned in Schedule 7 were to be repealed or partially repealed, the Terrorism Act and sabotage provisions would have been listed here had the intention been that they should not apply in Bophuthatswana. Moreover, since section 79(1) allows the President to amend Schedule 7 by proclamation, any existing statute which is considered to be in conflict with fundamental rights may be easily repealed by proclamation.

The majority judgment was delivered by Miller JA (Diemont, Viljoen, JJA, and Galgut AJA and Van Heerden AJA concurring). The phrase "subject to the provisions of this Constitution . . ." in section 93(1) was analysed in detail and the conclusion reached that it is frequently used

> "[w]hen the legislator wishes to convey that that which is now being enacted is not to prevail in circumstances where it conflicts, or is inconsistent or incompatible, with a specified other enactment, . . ." (747H).

The judge then continued (748B):

> "But when the intention is that that which is now being enacted shall prevail over other laws or provisions which may be in conflict with it, it is almost invariably prefaced by a phrase such as 'notwithstanding any contrary provision . . .' or words to similar effect."

As regards the approach to be adopted in the interpretation of a Constitution, and in particular one which contains a declaration of fundamental rights, the following *dictum* of Lord Wilberforce in *Minister of Home Affairs v Collins MacDonald Fisher* 1980 AC 319 (PC) 328H was quoted with approval. Lord Wilberforce observed that such a statute required

> "a generous interpretation avoiding what has been called 'the austerity of tabulated legalism' . . ."

and went on to consider the argument that provisions in an act subsequent to the declaration of fundamental rights should be construed like any other act of Parliament. Here there are two possibilities:

> "The first would be to say that, recognising the status of the Constitution as, in effect, an Act of Parliament, there is room for interpreting it with less rigidity, and greater generosity, than other acts . . . The second would be more radical; it would be to treat a constitutional instrument such as this as *sui generis,* calling for principles of interpretation of its own, suitable to its character as already described . . ."

While the Privy Council held the view that the second approach is to be preferred, it was explained that in the construction of a constitution respect still had to be paid to the language used and to the traditions and usages of statutory interpretation as well as to the character and origin of the instrument. This approach was stated by Miller JA to be

> "not inconsistent with the fundamental approach of our courts to interpretation of statutes. Whether our courts were to regard an Act creative of a constitution as [they] would any other statute, or as an act *sui generis,* when construing a particular provision therein, they would give effect to the ordinarily accepted meaning and effect of the words used . . ." (749 D-E).

The contention that only those statutes explicitly repealed in terms of section 98(1) can be taken not to be of application, since uncertainty would arise relating to the validity of laws if any unrepealed law could be challenged on the ground of inconsistency with the Constitution, was rejected by the majority of the court. It was held that such uncertainty is inevitable, and is, in fact, a feature of systems in which a declaration of rights is enshrined in a constitution (750 B). There are a number of ways in which uncertainty can be contained, if not eliminated, in order to

> "avoid the embarrassing and undesirable situation of keeping in operation, even if only temporarily, laws which were in direct conflict with fundamental provisions in chapter 2 of the constitution or with other important provisions thereof" (751 A).

The view that section 93(1) provides for the continued operation of existing laws save those which are in conflict with the Constitution, finds support in the analogy provided by section 123 of the Federal German Constitution. The court quoted the approach in Maunz-Dürig-Herzog *Grundgesetz-Kommentar* that

> "the new legal order confirms the validity and the applicability of the old laws 'en bloc' at least in so far as the old laws do not contradict the new Constitution and the basic principles contained therein" (751 E).

Respondent's counsel had relied fairly heavily on the argument that the effect of section 98(1) read with Schedule 7 was that only such statutes as were expressly repealed would not continue in operation. The majority of the court found no indication that Schedule 7 should be regarded as exhaustive. The schedule should, it was held, be seen as a list of those statutes which spring to mind immediately as manifestly inappropriate and unacceptable to Bophuthatswana. To "weed out" every possible enactment inconsistent with the Constitution would be a herculean task which would take a great deal of time to complete. The contention that, because existing laws which prove to be inconsistent with the constitution could be repealed or amended at any time, the makers of the Constitution were not concerned about temporary conflicts between the existing laws and the Constitution, was rejected as a *non sequitur*.

The majority of the court therefore found that the Terrorism Act and the sabotage provisions of the General Law Amendment Act were in conflict with the Constitution of Bophuthatswana and consequently inapplicable. It was not suggested that the Arms and Ammunition Act 75 of 1969 is likewise inconsistent with the Constitution, and the appellant was convicted on the charge under this act.

Although this judgment strictly speaking does not concern South African law at all, it is nevertheless of great significance, since it represents the views of South Africa's most senior judges on constitutional issues. The minority may be said to reflect the traditional legalistic approach which many constitutional (and international) lawyers, both here and in Britain, have adhered to for many years. The majority judgment, on the other hand, not only reflects the "liberal" influences of American and Continen-

tal thinking, but may also be said to be in the tradition of the *Harris* cases of the nineteen-fifties. In the second of these judgments, in particular, the view is to be found that the South African Act was *not* in fact simply just another act of Parliament, that it *did* contain certain constitutional guarantees which set it apart from other statutes, and that these guarantees could only be adequately protected by the courts. Even though what entrenchment there was, has been whittled down to the equality of language rights, the concepts of constitutionality as something which involves both the spirit and the letter of the law, has not disappeared from the South African scene altogether.

GRETCHEN CARPENTER
*University of South Africa*

## S v MOGOHLWANE 1982 2 SA 587 (T)

*Roof – terugneem van geroofde goedere – noodweer*

In hierdie beslissing het 'n besondere probleem hom voorgedoen. Die hof moes naamlik vasstel of daar van noodweer sprake kan wees as die handeling om geroofde goedere terug te neem in tyd (en ruimte) van die roofhandeling self geskei is.

Die beskuldigde is van moord aangekla nadat hy die oorledene met 'n mes in die nek gesteek het. Die omstandighede rondom die toediening van die noodlottige messteek was die volgende: Die beskuldigde is deur die oorledene van enkele besittings naby sy ouerhuis beroof. Hy het weerstand probeer bied, maar dit is heeltemal oorkom deur die oorledene, 'n lid van die Tomahawk-bende, wat die beskuldigde met 'n byl gedreig het. Hierna vlug die beskuldigde na sy ouerhuis om hulp te probeer kry. Hy verkry geen sodanige hulp nie maar darem 'n tafelmes. Gewapen met die mes het hy uitgehardloop om die oorledene te konfronteer. In 'n poging om die sak met sy besittings te gryp, het die beskuldigde hom weer vasgeloop in 'n aggressiewe aanvaller. In selfverdediging het die gewraakte noodlottige handeling toe plaasgevind.

Die beskuldigde word onskuldig bevind aan moord en, omdat daar ook geen sweem van nalatigheid aan sy kant te bespeur was nie, word hy ook op die alternatiewe klag van strafbare manslag onskuldig bevind.

Waarnemende regter Schabort beoordeel die gestelde probleem deur kers op te steek by die sivielregtelike mandament van spolie (590G). Die mandament beskerm enige besitter, selfs 'n dief en 'n rower, teen eierigting en het as basis die beginsel dat niemand die reg in eie hande mag neem en sodoende die vreedsame voortbestaan van die samelewing bedreig nie (590H – 591A). Die besitter wat op hierdie beskerming aanspraak wil maak, moet egter *ongestoorde fisiese besit* van die saak bewys. *In casu* was dit deel van die probleem wat die regter moes oorkom. Hy doen dit deur noodweer te vergelyk met *contra spolie* en verwys na bekende gewysdes

*(Mans v Loxton Municipality and Another* 1948 1 SA 966 (K) en *Yeko v Qana* 1973 4 SA 735 (A)) om te bepaal of die beskuldigde sy goedere hier met geweld kon teruggeneem het. In hierdie twee gewysdes word beslis dat slegs in uitsonderingsgevalle 'n reg op eierigting die aanspraak op besitsbeskerming kan oorheers (591A). Die hof haal dan ook op 591A en 591D soos volg uit die betrokke twee sake aan:

> "[T]here may be circumstances justifying self-help if it concerns *contra* spoliation which is *instanter* resorted to, thus *forming part of the res gestae* in regard to the despoiler's appropriation of possession, as would be the immediate dispossession of a thief of stolen goods when he was caught *flagrante delicto*" (*Yeko*-gewysde 739G).

en

> "[I]f the recovery is *instanter* in the sense of being still a *part of the res gestae of the act of spoliation, then it is a mere continuation of the breach of the peace which already exists . . ., but if the dispossession has been completed, . . . then the effort at recovery is, in my opinion, not done instanter* or forthwith, but is a new act of spoliation . . .
> It may well be that a more liberal construction of *instanter, forthwith* should be given to a true owner exercising his right of recovery *instanter,* forthwith . . ." (*Mans*-beslissing 977 – 978). (My kursivering.)

Die frases "instanter, forthwith" en "part of the *res gestae*" verdien vervolgens die aandag. Op 593F beslis die regter soos volg:

> "In die gemoed van die beskuldigde was daar geen werklike onderbreking in die voortgesette bedoeling om sy goed te herwin nie en uiterlik beskou was daar ook geen werklike onderbreking in die noodweersoptrede nie. Die noodweersproses het noodwendig 'n besoek aan die huis geverg."

Bygevolg blyk dit dat die voortgesette optrede van die beskuldigde deel gevorm het van die *res gestae* van die roofhandeling en dat *res gestae* slaan op beide die handelinge van die *spoliator* en die benadeelde. Dit is in ooreenstemming met Hiemstra en Gonin se verklaring van *res gestae* in hulle werk, Engels-Afrikaanse Regswoordeboek (1963). Volgens hulle (118) beteken *res gestae* in die bewysleer alle feite wat die feit in geskil vergesel, verduidelik en deel daarvan uitmaak. In *De Beer v Firs Investments Ltd* 1980 3 SA 1087 (W) 1092B beslis regter Coetzee dan ook:

> "All this seems to me to be part of the res gestae. It is really one transaction consisting of applicant taking occupation by installing locks and shortly thereafter a removal of those locks and installation of other locks on behalf of the owner."

In 'n neutedop is die argument dat die optrede van die beskuldigde waarin hy die oorledene noodlottig verwond deel van die *res gestae* is omdat die handeling 'n uitvloeisel is van die beskuldigde se nie-berusting in die roofhandeling. Die implikasie hiervan is dat indien die *res gestae* wel voltooi sou wees na die *contrectatio* plaasgevind het, sou die beskuldigde nooit *contra*-spolie kon toepas nie en sou hy op sy beurt vredesbreuk pleeg indien hy sou poog om sy saak onmiddellik van die *spoliator* terug te kry.

In die lig van wat hierbo gesê is, is dit meteen duidelik hoekom die regter sê dat elke saak op sy eie meriete

beoordeel moet word. Die feite wat die voldoening aan die "part of die *res gestae*" en *"instanter"* vereistes daar sal stel, sal van geval tot geval wissel. *In casu* het die oorledene se dieftige opset bly voortduur en sy aanmatigende houding teenoor die beskuldigde het nie verminder nie (593G).

Hierdie resultaat blyk in omstandighede billik te wees, maar dit is tog nodig om die oorledene se besit van die saak in die periode waartydens die beskuldigde gevlug en hulp gaan soek het, te ontleed. Besit vervul 'n regspolitieke funksie wat primêr daarop gerig is om die goeie orde in die samelewing te handhaaf (Van der Merwe *Sakereg* (1979) 63). Die toepassing van eierigting deur benadeeldes is dus, behalwe in uitsonderlike omstandighede (sien *supra*), ongeoorloof.

Besit bestaan uit twee elemente, te wete 'n *corpus*- en 'n *animus*-element. Die *corpus*-element is die feitelike beheer wat die besitter oor die saak uitoefen. Is die saak 'n roerende saak, kan die fisieke beheer daaruit bestaan dat die saak byvoorbeeld in die hand gedra word (Van der Merwe 69). Die beheer blyk daaruit dat 'n eienaar in dieselfde omstandighede net so met die saak sou omgaan (Van der Merwe 70). In hierdie geval word dit uitdruklik genoem dat die oorledene se aanmatigende houding teenoor die beskuldigde nie verminder het nie (593G). Sy optrede dui kennelik daarop dat hy homself as die eienaar van die saak beskou en dit so uitgeleef het.

Dit sluit aan by die *animus*-element. Hoedanig die besitswil moet wees, sal van geval tot geval verskil. Om bloot as besitter op te tree, sal dit genoegsaam wees indien die wilsinhoud een van *animus possidendi* is. Is sy *animus* sodanig, is dié besitter geregtig op die remedies gerig op besitsbeskerming. *In casu* is dit egter duidelik dat die oorledene nie tevrede was om bloot besitter te wees nie. Hy het *animus domini* gehad – die wil om as eienaar met uitsluiting van alle ander persone beheer oor die saak uit te oefen (Van der Merwe 72). Daarvan getuig onder andere die feit dat hy die toneel van die misdaad nie verlaat het nie (593G).

Volgens hierdie beredenering wil dit voorkom asof die oorledene wel aan die nodige *corpus*- en *animus*-vereistes voldoen het en dat hy inderdaad reeds sodanig besit het dat hy die mandament van spolie sou kon instel teen 'n derde wat die saak van hom wou beroof. Tog word die terugneem van sy goedere deur die beskuldigde geag *contra*-spoliasie te wees en nie 'n nuwe spoliasiehandeling nie. By implikasie konkludeer die hof dus dat die oorledene nog nie besit het nie.

Hierdie is weer eens 'n illustrasie van die moeilike toepasbaarheid van die *res gestae* begrip. Die subjektiewe nie-berusting deur die beskuldigde het tot die eienaardige resultaat gelei dat die oorledene nie besit het sover dit *contra*-spoliasie aangaan nie, maar dit het nogtans geen invloed op sy besit teenoor 'n derde gehad nie.

Die oplossing vir hierdie probleem lê myns insiens in die objektiewe oorweging van ongestoorde fisiese besit. Oorledene se besit was hier voltooi en hy het aan die nodige vereistes vir die *corpus*- en *animus*-elemente voldoen. Dit wil vir my voorkom asof die begrip *res gestae* te wyd is om werklik 'n sinvolle oplossing te bied, want waar sal die streep getrek word? Oorweeg die geval waar die be-

skuldigde in die huis gevlug het en na drie ure en met die hulp wat opgedaag het die oorledene agterna sit en die goedere terugneem. Per definisie sou hierdie optrede steeds deel van die *res gestae* wees, veral as gelet word op die regter se aanvaarding dat die term *instanter* meer liberaal uitgelê moet word in die geval waar die eienaarbesitter beroof is.

Hierdie begrip gee bepaald nie aanleiding tot regsekerheid nie en die enigste kriterium vir die beskerming van besit en gevolglike nie-toelating van *contra*-spoliasie behoort vreedsame en ongestoorde besit te wees soos dit objektief op 'n bepaalde tydstip na buite blyk.

JA ROBINSON
*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## S v ZOKO (AR 72/82 VAN 30 SEPTEMBER 1982 NPA)

*Nuwe definisie vir strafbare manslag*

In hierdie saak is die beskuldigde in die Natalse Streekhof aangekla van strafbare manslag. Die verhoorhof het bevind dat die bewese feite op *moord* neergekom het en dat die beskuldigde derhalwe nie aan strafbare manslag skuldig kan wees nie. Gevolglik is hy skuldig bevind aan aanranding met die opset om ernstig te beseer en gevonnis tot 7 jaar gevangenisstraf.

Die prokureur-generaal van Natal het daarop kragtens art 310 van die Strafproseswet 51 van 1977 die landdros wat die verhoor behartig het, aangesê om 'n *casus*-posisie op te stel vir oorweging deur die Natalse provinsiale afdeling van die hooggeregshof. Die regsvraag wat as gevolg hiervan voor die Natalse afdeling beland het was die volgende:

> ". . . whether the magistrate erred in law in holding that, where on a charge of culpable homicide the proved facts established the crime of murder, the Court was precluded from returning a verdict of guilty of culpable homicide."

Die hof het die vraag bevestigend beantwoord en die skuldigbevinding gewysig na een van skuldig aan *strafbare manslag.*

Hierdeur het die hof die twee Kaapse beslissings, *S v September* 1972 3 SA 389(K) en *S v Smith* 1981 4 SA 140(K), bevestig en verskil van die beslissing in *S v Alexander* (A 93/81 van 1981-8-12 TPA). In al hierdie sake was die regsvraag wat ter sake was dieselfde.

Die hof het 'n lang deurdagte uitspraak gelewer by monde van regter Didcott. Regters Kumleben en Thirion het saamgestem met die bevinding van die hof. Laasgenoemde het 'n verdere uitspraak geskryf waarin hy die semantiek van die begrippe *dolus* en *culpa* in die Romeinse reg nagespoor het.

In sy bevinding het die hof kennis geneem van die feit dat die omskrywing van strafbare manslag enigsins wissel in verskillende uitsprake van die appèlafdeling. So is dit in *S v Mtshiza* 1970 3 SA 747 (A) 752C–E by monde van appèlregter Holmes beskryf as ". . . the unlawful negligent causing

of the death of a fellow being." In *S v Ntuli* 1975 1 SA 429 (A) 436A en *S v De Bruyn* 1968 4 SA 498 (A) het die hof weer by monde van appèlregter Holmes aangedui dat strafbare manslag die element *culpa* vereis.

Die hof het vir doeleindes van die appèl aanvaar dat nalatigheid 'n gesindheid of *mens rea* is kragtens die Suid-Afrikaanse reg (27 van die oorkonde). Hierdie gesindheid sien hulle as, soos Salmond (*Jurisprudence,* 12e uitg op 391) dit beskryf, ". . . the mental attitude of undue indifference with respect to one's conduct and its consequences." Die hof kom tot die gevolgtrekking dat hierdie gesindheid ook aanwesig kan wees waar 'n dader inderdaad die moontlike intrede van 'n verbode gevolg voorsien en gewil het (29–30). So gesien, sal opset nalatigheid insluit. Die regters vind dit egter onnodig om 'n definitiewe antwoord hierop te lewer, want hulle kom langs 'n ander weg tot hul beslissing in hierdie saak (30–31). Hulle doen naamlik 'n gewysigde definisie van strafbare manslag aan die hand (31) ten einde die ooglopende verwarring wat daar in hierdie verband bestaan, uit die weg te ruim. Die definisie wat die hof voorstel, is die volgende:

> "Culpable homicide is the killing of a human being which is both unlawful and blameworthy."

Die hof gee verder aan die hand dat:

a nòg opset nòg afwesigheid daarvan 'n element van die misdryf is;
b nalatigheid altyd genoegsaam is vir verwytbaarheid ("blameworthiness"), maar nie noodsaaklik daarvoor nie;
c *culpa* 'n element van die misdaad bly, maar in die breë sin van verwytbaarheid eerder as die enger sin van nalatigheid alleen;
d *culpa* in hierdie breë sin opset omvat.

Artikels en vonnisbesprekings waarin die onderhawige vraag bespreek is, is geskryf deur Van der Merwe 1972 *THRHR* 299; Middleton en Rabie 1972 *THRHR* 383; Rossouw 1973 *THRHR* 161 en Hugo 1973 *SALJ* 334. Al hierdie bydraes het gekom na aanleiding van die beslissing in *S v September supra* wat wesenlik ooreengestem het met dié van die Natalse afdeling in die onderhawige saak. Van hierdie skrywers het Rossouw met die beslissing saamgestem, terwyl die ander daarvan verskil het.

Van der Merwe se beswaar is daarop gegrond dat die skuldelement by moord 'n *opsetsverwyt* is wat 'n totale ander soort verwyt is as die *nalatigheidsverwyt* wat vir strafbare manslag vereis word. Eersgenoemde is anders omdat dit 'n erger verwyt is as laasgenoemde. Waar daar dus in 'n strafbare manslagsaak (so lei mens af) opset aan die kant van die dader bewys word, ontstaan die verwytsvorm *opset.*

Skynbaar ontstaan hierdie verwyt in die gemoedere van die regsgemeenskap. Dit is 'n erge vorm van verwyt. Omdat die verwyt nie in die mindere graad van *nalatigheid* ontstaan het nie, kan daar dan ooreenkomstig hierdie tesis nie gesê word dat al die elemente van strafbare manslag bewys is nie. *Nalatigheid* is 'n alleenstaande, volwaardige entiteit, naamlik 'n verwyt van X graadeenhede. Opset is ook 'n alleenstaande entiteit, naamlik 'n verwyt van Y graadeenhede. Strafbare

manslag is dan wederregtelike doodslag gepaard met X verwyteenhede. Moord is wederregtelike doodslag met Y verwyteenhede. Waar jy Y verwyteenhede het kan jy nie ook X verwyteenhede hê nie.

Hierdie standpunt kan nie aanvaar word as geldende reg nie. Mens vind dikwels dat 'n veroordeelde ligter gestraf word vir moord as strafbare manslag (vergelyk bv *S v Hartman* 1975 3 SA 532(K)). Indien die *quantum* van straf relatief is tot die graad van verwyt (vergelyk Van der Merwe 1976 *SALJ* 280) is dit duidelik dat daar in gevalle van moord soms 'n ligter graad van verwyt kan bestaan as in gevalle van strafbare manslag.

Middleton en Rabie asook Hugo se besware is oorwegend gegrond op die feit dat opset en nalatigheid begripsmatig nie kan oorvleuel nie. Hierdie beswaar verval natuurlik indien die voorgestelde nuwe definisie in die onderhawige saak aanvaar word. Nalatigheid verdwyn dan uit die misdaadomskrywing en maak plek vir verwytbaarheid.

Die voorgestelde definisie van die hof word veral duidelik en prakties uitvoerbaar indien dit binne die raamwerk van die finalistiese misdaadsistematiek uiteengesit word. Die volgende kan as model vir hierdie sistematiek dien:

Strafbaarheid rus op 2 bene, naamlik die "wandaad" en skuld, elk waarvan uit 'n aantal elemente bestaan:

1 *DIE WANDAAD*

1 1 *Handeling* (willekeurige, persoonlike gedraging).

1 2 *Wederregtelikheid* (objektief, *ex post facto* beoordeel. Die maatstaf is die redelike man in die vorm van die deursnee-burger – die *bonus paterfamilias*).

1 3 *Opset* (subjektief bepaal; dit moet gerig wees op elke bestanddeel van die verbodsmaterie).

1 4 *Verbodsmaterie* (besondere *feitelike* bestanddele in 'n bepaalde misdaadomskrywing).

1 5 *Kousaliteit* (die handeling moet adekwate oorsaak van die gevolg wees; dit wil sê dit moet *conditio sine qua non* vir die gevolg wees, en die gevolgsmeganisme moes redelikerwys aan die hand van algemene menslike ervaring te wagte of voorspelbaar gewees het. Ook die feit dat die handeling *wederregtelik* was, moes *conditio sine qua non* vir die gevolg gewees het).

2 *SKULD* (verwytbaarheid, "blameworthiness")

2 1 *Feitelikheidsbewussyn* (normatief beoordeel. Dit moes redelikerwys van die dader verwag kon gewees het om die aard van sy handeling te besef of die gevolge daarvan te voorsien. Die maatstaf is 'n redelike man van dieselfde sosio-ekonomiese-intellektuele-fisiese dimensies as die beskuldigde wat in sy skoene staan onder die omstandighede wat werklik geheers het).

2 2 *Wederregtelikheidsbewussyn* (normatief of subjektief beoordeel? Die vraag is wat opsetsmisdade betref onbeantwoord gelaat in *S v Bailey* 1982 3 SA 772(A). By misdade wat nie opset vereis nie is die toets deurentyd normatief).

2 3 *Wederregtelikheidsinhibisie* (normatief of subjektief beoordeel? Die toets wat opsetsmisdade be-

tref, is normatief minstens waar die gebrek aan inhibisie aan dwang toe te skryf is – vergelyk *S v Bailey supra*. By misdade wat nie opset vereis nie is die toets deurentyd normatief).

Die element van feitelikheidsbewussyn sal uit die aard van die saak slegs ter sprake kom waar opset nie 'n vereiste van die misdryf is nie. By opsetsmisdade sal dit reeds bewys wees dat die beskuldigde die moontlike gevolge van sy handeling voorsien het teen die tyd dat mens by die skuldoorweging kom. Dit sou sinloos wees om dan nogtans die vraag te vra of daar van hom verwag kon gewees het om die gevolge te voorsien. By misdade wat nie opset vereis nie, soos strafbare manslag, sal die element van feitelikheidsbewussyn wel betekenis hê. 'n Beskuldigde sal, net soos hy 'n gebrek aan wederregtelikheidsbewussyn as verweer kan opwerp, 'n verweer van gebrek aan feitelikheidsbewussyn kan aanbied.

Indien dit blyk dat hy die gevolge inderdaad voorsien het, sal sy verweer natuurlik misluk. Waar hy dit nie voorsien het nie, sal sy verwytbaarheid ("blameworthiness") getoets word aan die hand van die vraag of dit redelikerwys van hom verwag kon gewees het om die aard van sy handeling te besef of die gevolge daarvan te voorsien. Indien wel, is hy verwytbaar en het hy dus skuld; indien nie, is hy nie verwytbaar nie.

Hierdie sistematiek sal 'n vierkantige tuiste bied vir regter Didcott se voorgestelde definisie van strafbare manslag. Ten einde die wandaad, strafbare manslag, te bewys, moet daar slegs aangetoon word dat die beskuldigde iets gedoen of versuim het (handeling) wat onredelik was onder die werklik heersende omstandighede (wederregtelikheid) en wat die dood van 'n mens (verbodsmaterie) veroorsaak het (kousaliteit). Wanneer dit bewys is, moet bepaal word of hy verwytbaar ("blameworthy" of "reproachable") daarvoor is. Daar moet met ander woorde gekyk word of hy skuld het. Hy kan òf sê dat hy nie besef het wat hy doen nie, of nie die gevolge van sy handeling voorsien het nie, òf dat hy dit moontlik wel besef het maar nie geweet het dat hy verkeerd doen nie, òf dit miskien selfs geweet het, maar hom onder die omstandighede, weens sekere faktore wat op sy gemoed ingewerk het, nie self kon terughou nie.

In elk van hierdie gevalle sal die hof die toets van "verwagbaarheid" ("Zumutbarkeit") toepas, dit wil sê daar sal gevra word of daar redelikerwys van die beskuldigde verwag kon gewees het om te besef wat hy doen of die gevolge van sy handeling te voorsien, òf, indien hy dit wel voorsien het, te besef hy doen verkeerd, òf, indien hy dit wel besef het, homself te inhibeer, met ander woorde hom van sy handeling te weerhou. Indien die antwoord op hierdie vrae bevestigend is, is hy verwytbaar en dus skuldig aan strafbare manslag.

Dit is 'n eenvoudige benadering wat na my mening die regsgevoel bevredig. In *Bailey supra* kon die beskuldigde gerieflik aan strafbare manslag skuldig bevind gewees het indien hy daarvan aangekla was, nieteenstaande die feit dat hy sowel opset as wederregtelikheidsbewussyn gehad het. Daar hy egter van moord aangekla

was, is hy tereg daaraan skuldig bevind.

In die voorgestelde sistematiek hierbo is daar nie plek ingeruim vir die begrippe nalatigheid of ontoerekeningsvatbaarheid nie. Die rede hiervoor is dat die elemente van wederregtelikheid (onredelike gedrag) en feitelikheidsbewussyn (voorsienbaarheid) alles wat die begrip nalatigheid inhou, omvat. Ontoerekeningsvatbaarheid is onnodig, daar dit ondenkbaar is dat 'n sogenaamde ontoerekeningsvatbare persoon ooit verwytbaar kan wees binne die kader van die normatiewe skuldbegrip soos hierbo uiteengesit. Anders gestel: dit is ondenkbaar dat 'n persoon wat verwytbaar is kragtens hierdie skuldbegrip regtens as ontoerekeningsvatbaar beskou kan of behoort te word.

PR VAN ZYL
*Kantoor van die Prokureur-Generaal, Kaapstad*

# BOEKE

**THE MINING AND MINERAL LAWS OF SOUTH AFRICA**
deur BLEN LLOYD STUART FRANKLIN en MORRIS KAPLAN
*Butterworth, Durban 1982, lxxx en 853 bl, prys R197,50*

Hierdie boek is 'n mylpaal in Suid-Afrikaanse regsliteratuur. Veral sedert die inwerkingtreding van die Wet op Mynregte 20 van 1967 en die Myntitels Registrasiewet 16 van 1967 bestaan daar 'n groot behoefte aan 'n omvattende werk van hierdie aard.

Dit is merkwaardig dat tot en met die publikasie van hierdie werk daar so weinig literatuur beskikbaar was oor hierdie onderwerp wat so belangrik vir diè ekonomie van ons land is. By die deurlees van die lys van geraadpleegde werke (lxxvii, lxxviii) blyk dit dat die belangrikste bronne oor hierdie onderwerp te vinde was in werke oor die sakereg en in 'n mindere mate in werke oor die kontrakte- en delikte-reg. Uiteraard kry die reg insake myne en minerale nie in sodanige werke die aandag wat dit as afsonderlike vertakking van ons reg verdien nie. Ter wille van die volledigheid kan vermeld word dat daar 'n paar akademiese geskrifte oor hierdie onderwerp bestaan het voor die publikasie van die boek onder bespreking. Hulle is die proefskrif van MO Dale *An historical and comparative study of the concept and acquisition of mineral rights,* proefskrif UNISA 1979 (waarna in die voorwoord (xi) verwys word); HP Viljoen *The rights and duties of the holder of mineral rights,* proefskrif Leiden 1975 en JW Wilmans *Minerale, mineraleregte en verbandhoudende kontrakte,* verhandeling UNISA 1977. Vir die regspraktisyn is sulke akademiese geskrifte meestal moeilik bekombaar en daarom is hierdie werk so welkom. Met laasgenoemde stelling wil ek egter nie probeer te kenne gee dat die gemelde geskrifte naastenby so omvattend of volledig soos die werk onder bespreking is nie.

Die twee outeurs is praktyksjuriste en vanweë hulle ervaring in dié vertakking van die reg, uitermate geskik om so 'n werk die lig te laat sien. Dit is bekend dat regter Franklin as advokaat dikwels opinies gegee het en opgetree het vir die Kamer van Mynwese en verskillende mynhuise. Die lys van persone wat hulle geraadpleeg het by die skryf van die werk (xi) dui enersyds op die ingewikkelde aard van die onderwerp en andersyds op die omvangryke en volledige wyse waarop hulle die taak aangepak het.

In die eerste hoofstuk van die werk word veral aandag geskenk aan die gemeenregtelike posisie van mine-

raleregte. Die ou vraag na die aard van mineraleregte kom noodwendig ter sprake. Die outeurs gee voorkeur aan die standpunt van ons appèlhof naamlik dat minerale regte *quasi*-serwitute is (12 ev) en verwerp die standpunt van skrywers soos Van Warmelo, De Wet en CG van der Merwe, naamlik dat 'n mens hier met 'n eiesoortige saaklike reg te doen het. Ek vind dit jammer dat die outeurs nie laasgenoemde standpunt steun nie, aangesien juis die verskyning van hierdie omvangryke werk vir my bewys is van die eiesoortigheid van mineraleregte. Dit is ook ironies dat al die skrywers wat mineraleregte as 'n soort serwituut sien gewoonlik 'n lys opnoem van verskille wat langer is as die ooreenkomste tussen die twee soorte regte en hierdie outeurs is nie 'n uitsondering nie (14, 15).

Die tweede hoofstuk word gewy aan die verkryging van regte om te prospekteer en te myn. Op 79 maak die skrywers melding van die leemte in artikel 2(1) van die Wet op Mynregte deurdat daar nie bepaal word wie die reg tot prospektering na edelmetale het nie. Die leemte kan slegs aangevul word deur te verwys na die verskillende kategorieë van grond waarop geprospekteer kan word soos die skrywers dan inderdaad doen op die volgende bladsye. Op 85 en verskeie ander plekke word verwys na die Departement van Gemeenskapsontwikkeling en Owerheidshulpdienste. Dit is seker algemeen bekend dat dié departement, soos baie ander, intussen weer van naam verander het en tans die Departement van Gemeenskapsontwikkeling heet.

In hoofstuk 3 word die konfliksituasies bespreek wat kan ontstaan tussen die houer van mineraleregte en die eienaar van grond en tussen mineraleregtehouers onderling.

Op 128 kom een van die weinige foute voor wat ek in die boek opgemerk het. Daar word naamlik in die teks verwys na 'n voetnoot 6 maar dié ontbreek. Vermoedelik verwys dit na voetnoot 6 onderaan die vorige bladsy.

Op 142 word 'n oplossing voorgestel vir die probleem wat ontstaan wanneer die regte op verskillende minerale geregistreer is in die name van verskillende houers en die houers dan in 'n konfliksituasie te staan kom. 'n Ander moontlike oplossing wat nie deur die outeurs voorgestel word nie, is dat waar die verskillende minerale vermeng in dieselfde ertslaag voorkom, een van die houers toegelaat moet word om alles te ontgin maar om die metaal of mineraal waarop die ander houers geregtig is, of die waarde daarvan, aan die ander een te oorhandig minus 'n billike deel van die ontginningskoste.

Die vierde hoofstuk behels die hele problematiek van skade veroorsaak deur mynboubedrywighede. Die aangeleentheid word vandag grootliks deur wetgewing gereël vir sover dit besoedeling van die grond of water behels. Wat aanspreeklikheid vir insakkings weens verwydering van ondersteuning betref, kies die outeurs vir risiko-aanspreeklikheid met ander woorde dat geen skuld (*culpa* of *dolus*) aan die kant van die myneienaar vereis word ten einde hom aanspreeklik te stel nie (188). Daar is nog nie deur ons hoogste hof uitsluitsel oor dié vraag gegee nie en tot tyd en wyl dit gebeur, moet daar deeglik met albei standpunte rekening gehou word.

Die vyfde hoofstuk bevat 'n bespreking van mede-houerskap van mineraleregte en 'n uitvoerige bespreking van die belangrike Aanvullende Wet op Mineraalwette van 1975. Laasgenoemde wet het 'n ingrypende verandering in mede-houerskap van mineraleregte teweeggebring en verhoed onder andere die verdere versnippering van mineraleregte.

In hoofstuk 6 word beperkte regte ten opsigte van minerale bespreek soos dié van 'n *fiduciarius,* 'n vruggebruiker, 'n eksekuteur ensovoorts. Daarna volg twee hoofstukke wat betrekking het op die formaliteite vir en uitleg van kontrakte in verband met minerale.

Hoofstuk 9 bevat 'n uitvoerige bespreking van al die aspekte van die Wet op Mynregte wat nog nie tot dusver ter sprake gekom het nie en die volgende hoofstuk behandel die prospektering vir en die myn van edelgesteentes welke aangeleenthede hoofsaaklik deur die Wet op Edelgesteentes 73 van 1964 gereël word.

Hoofstukke 11 en 12 bevat besprekings van spesifieke wette (die Wet op Atoomkrag 1967 en die Wet op Myne en Bedrywe 1956). Hoofstuk 13 is baie belangrik in dié sin dat dit die hele kwessie van myntitels en registrasie van kontrakte met betrekking tot minerale bespreek. Dit is 'n gespesialiseerde onderwerp wat veral vir aktevervaardigers en notarisse van belang is.

In hoofstuk 14 word onteiening behandel en die laaste hoofstuk (15) het te doen met onder andere belasting en hereregte.

Soos blyk uit hierdie opgaaf van die hoofstukonderwerpe, bly daar niks oor wat enigsins verband hou met die regte op myne en minerale wat die outeurs kon bespreek het nie. Dit is voorwaar 'n monumentale werk en hulle moet van harte geluk gewens word.

Vir die punteneriges wat altyd iets soek om te kritiseer kan ek twee sake voorhou. Die outeurs is nie konsekwent wat hulle verwysings betref nie. Soms gee hulle die verwysing (byvoorbeeld na 'n gewysde) in die teks (die sogenaamde Harvard-metode) en ander kere weer in 'n voetnoot onderaan die bladsy.

Die ander saak is die astronomiese prys. Daar word toegegee dat die potensiële mark vir die boek hoofsaaklik mynmaatskappye, groot prokureursfirmas en advokate is (wat finansieel sterk is en verder die aankoop van die boek as 'n belastingaftrekking kan opgee) maar ek wil die bewering maak dat die prys die boek buite bereik van akademiese juriste (wat dit ook kan aftrek van belasting maar nie oor die ander eienskap hierbo genoem beskik nie) en ook buite bereik van studente plaas.

HENNING VILJOEN
*Universiteit van Pretoria*

**Die Redaksie betuig sy leedwyse oor die afsterwe van regter Franklin so kort na die verskyning van hierdie monumentale werk.**

## THE PRACTITIONER'S GUIDE TO THE ALIENATION OF LAND ACT

deur ADJ VAN RENSBURG en SH TREISMAN

*Butterworth, Durban – Pretoria 1982; xix en 332 bl; prys R38,50 plus AVB (sagteband)*

Die Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981 wat die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling 72 van 1971 vervang, het op 19 Oktober 1982 in werking getree. Baie aangeleenthede waaroor die wet handel, is volkome nuut en soms ingewikkeld. Daarom het die behoefte aan 'n spoedige handboek reeds sedert die aanname van die wet bestaan. Van Rensburg en Treisman se werk het min of meer saam met die inwerkingtreding van die wet geval. Dikwels wanneer 'n outeur so iets vermag, word 'n boek oorhaastig en ondeurdag geskryf om die "mark reg te vang." Die resultaat is gewoonlik 'n oppervlakkige werkie wat nie sy geld werd is nie. Soos hieronder sal blyk, het die boek onder bespreking met onderskeiding hierdie gevaar ontkom.

Om met die formele te begin: die boek is goed versorg en die proefleeswerk uitstekend gedoen. Slegs 'n tiental drukfoute is opgemerk. Ofskoon dit nie my gewoonte is om 'n lys van tegniese foute in 'n resensie in te sluit nie, is hulle in hierdie geval so min dat 'n opgawe daarvan net die skrywers (en lesers) sal kan help sonder dat dit 'n swak beeld van die boek sal skep. Op 12 word gepraat van "resolute condition" in plaas van "resolutive condition"; "the" is blykbaar uitgelaat in die sewende reël op 50 tussen "of" en "contract"; "transaltion" in plaas van "translation" (143); die weglating van 'n koppelteken in die laaste reël op 158; "subseqently" in plaas van "subsequently?" (177); die woord "of" is in die vierde reël op 188 tussen "receipt" en "the" weggelaat; "provision" is twee keer as "provison" gespel (218 en 231) en "paragarph" in plaas van "paragraph" (232).

Die eerste twee hoofstukke van die boek word gewy aan 'n oorsigtelike beeld van die wet – sy geskiedenis, herkoms en belangrikste bepalings. Dit word opgevolg deur 'n volledige bespreking van hierdie aangeleenthede. Hierdie benadering is egter nie onnodige duplisering nie. Die inleidende oorsig is in der waarheid uiters waardevol. Dit beslaan 20 bladsye wat groot nut het vir die oningewyde leser en dit kan ook met vrug vir studente voorgeskryf word waar 'n besondere leerplan of kursus nie 'n volledige bespreking van die onderwerp regverdig of toelaat nie. Trouens, die hele boek volg die patroon van 'n kernagtige weergawe van die belangrikste bepalings en beginsels wat dan opgevolg word deur 'n gedetailleerde bespreking van die besondere onderwerp. Die skrywers het van verskillende lettertipes gebruik gemaak om hierdie doel te bereik. Die vetdruk bring naamlik die kern van die saak na vore terwyl die besonderhede tussenin in

gewone lettertipe ingevoeg is. Deur slegs die vetdruk op 'n bladsy te lees, kry 'n mens 'n kort oorsig van die aangeleentheid onder bespreking. Hierdie vetdruk is verder veronderstel om logies bymekaar aan te sluit as jy die dele tussenin ignoreer. In enkele gevalle het 'n mens die indruk gekry dat die vetdruk in die lug hang, maar sulke gevalle was skaars. So bevind die woord "Lastly" hom op 107 blykbaar in "splendid isolation" (om 'n bekende regterlike *dictum* te gebruik). In die geheel was die metode van verskillende lettertipes egter baie geslaagd.

Die skrywers het daarin geslaag om die verskillende bepalings in die wet behoorlik te integreer deur van 'n werkbare sisteem gebruik te maak. 'n Helder, eenvoudige taalgebruik, kruisverwysings na die verskillende artikels in die wet wat met mekaar verband hou, tesame met die goeie sistematiek en volledige opskrifte maak die wet vir 'n mens sommer heelwat duideliker. Die bespreking is basies genoeg om nie verwarrend te wees nie, maar terselfdertyd so indringend dat heelwat onsekerhede opgeklaar word. Dit is duidelik dat dit vakmanne is wat hier aan die woord is. Die interpretasies van die wet is meesal oortuigend, prikkelend en oorspronklik. Die wet word aan die hand van talle praktiese voorbeelde – werklik sowel as fiktief – verduidelik. Daarmee saam word die verband tussen hierdie wet en ander wetgewing, soos die Deeltitelwet en die verskillende dorpsbeplanningsordonnansies, aangetoon. Die resultaat is 'n geheelbeeld van die tersaaklike terrein.

Die navorsing vir die boek is deeglik gedoen ofskoon daar enkele bronne is waarna verwys kon gewees het. Oor die algemeen is dit, veral wat die regspraak betref, egter volledig. Die skrywers huiwer nie om foutiewe beslissings aan die kaak te stel nie, maar dit geskied beheersd – soos dit hoort.

Soos reeds gemeld, is die bespreking indringend en volledig. Hier en daar voel 'n mens dat die skrywers dieper op 'n aangeleentheid kon ingegaan het. Sulke gevalle is egter skaars. In hulle bespreking van artikel 28(1)(b)(i) (72) sou 'n mens byvoorbeeld graag voorbeelde of 'n verduideliking van die skrywers wou hê aangaande wat verstaan word onder "redelike vergoeding vir die okkupasie . . ." van grond wat 'n vervreemder van grond (verkoper, ensovoorts) op die teenparty (koper, ensovoorts) kan verhaal in geval van 'n nietige kontrak. Vermoedelik is dit 'n feitelike vraag en sal die gebruiklike of redelike huurwaarde van die besondere grond waarskynlik as kriterium dien. Die skrywers het ongelukkig nie op hierdie aangeleentheid ingegaan en aan praktisyns leiding gegee nie.

In hulle bespreking (131 ev) van artikel 6(4) en 6(5) wat betrekking het op die tydstip waarbinne oordrag moet geskied (wat hoogstens vyf jaar mag wees), maak die skrywers melding van die moontlikheid dat die verkoper kan uitkontrakteer teen aanspreeklikheid vir skade wat intree as gevolg van 'n versuim om oordrag binne die ooreengekome tyd te bewerkstellig. Ek stem met hulle bespreking en motivering saam, maar wil tog daarop wys dat die onverskillige leser maklik mislei kan word om te dink dat daar geheel en al uit artikel 6(5) gekontrakteer kan word. Dit is nie waar nie en die skrywers beweer dit dan ook

nie. Tog sou dit moontlik raadsaam wees om in 'n volgende uitgawe pertinent daarop te wys dat artikel 6(5) vir twee heeltemal verskillende gevalle voorsiening maak. Indien die verkoper *om watter rede ook al* ("if for whatever reason") nie in staat is om oordrag binne die vyf jaar wat artikel 6(4) toelaat aan te bied nie, kan die koper die kontrak kragtens artikel 6(5) opsê waarna die gevolge van artikel 28(1) kan intree (teruggawe van betalings plus rente, vergoeding vir verbeterings, ensovoorts), of kan hy die kontrak in stand hou in welke geval hy nie hoef rente te betaal totdat oordrag aangebied word nie. Hierdie gevolge tree myns insiens in selfs al was die versuim om oordrag te gee nie aan die skuld van die verkoper te wyte nie, byvoorbeeld as gevolg van 'n oponthoud in 'n openbare kantoor wat proklamasie van die dorpsgebied vertraag het. Hierdie is *regte* wat deur die wet verleen word en waarvan kragtens artikel 29 nie afstand gedoen kan word nie. Waar artikel 6(5) egter verder gaan en bepaal: "Met dien verstande dat hierdie subartikel nie afbreuk doen aan enige bykomende eis om skadevergoeding wat die koper mag hê nie", word daar oënskynlik nie regte verleen nie maar net behou. Van laasgenoemde (gemeenregtelike) regte kan dan kragtens algemene beginsels afstand gedoen word. Die skrywers moet gevolglik gelyk gegee word, maar die verskillende gevalle waarvoor die subartikel voorsiening maak, moet net in gedagte gehou word.

Wanneer die skrywers oor skadevergoeding in 'n ander verband praat, naamlik waar 'n verkoper versuim om 'n kontrak kragtens artikel 20 te laat opteken, is hulle van mening (154) dat die koper slegs op grond van kontrakbreuk skadevergoeding sal kan eis. Anders as by artikel 6 waar die verkoper verplig word om die datum van registreerbaarheid in die kontrak in te sluit, word hy nie spesifiek verplig om *ooreen* te kom dat hy optekening sal bewerkstellig nie. Dit vorm dus nie noodwendig deel van die kontrak nie en versuim om te laat opteken stel nie kontrakbreuk daar nie – soos die skrywers tereg *(ibid)* aantoon. Ek meen egter dat daar 'n belangrike verskil tussen artikel 20 en artikel 6, besonderlik artikel 6(4) is. Artikel 6(4) stel slegs die maksimumtydperk daar waarbinne registreerbaarheid van die grond volgens *afspraak* moet plaasvind. Daar word nie in sulke konkrete terme soos by artikel 20 aan die koper regte verleen nie. Dit sou wel die geval gewees het as byvoorbeeld bepaal is dat "die verkoper verplig is om toe te sien dat die grond binne vyf jaar na kontraksluiting registreerbaar is," of woorde te dien effekte. Dit is juis wat artikel 20(1) doen: " 'n Verkoper . . . moet die betrokke kontrak . . . laat opteken . . ." Dit laat die vraag ontstaan of artikel 20(1)(a) nie 'n *ex lege* verbintenis daarstel, die verbreking waarvan 'n aksie vir skadevergoeding regverdig sonder dat 'n beroep op kontrakbreuk nodig is nie. Die aangeleentheid is egter nie klinkklaar nie. Artikel 20(3) kompliseer die saak verder omdat dit die *eienaar* se aanspreeklikheid as gevolg van 'n versuim om bystand tot optekening te verleen, spesifiek koppel aan kontrakbreuk – "asof hy by kontrak verplig was om dit te doen." Dit is natuurlik die verkoper (en nie die koper nie) se eis *vis-à-vis* die eienaar wat hier ter sprake is. (Vgl ook oa art 10(3).)

Artikel 9(3) magtig 'n koper om van 'n verbandhouer 'n sertifikaat aan te vra waarin die vrystellings- of aflossingsbedrag met betrekking tot die spesifieke grond vermeld word. Die verbandhouer moet binne 21 dae aan die versoek voldoen – artikel 9(6). Geen sanksie word vermeld vir 'n versuim aan die kant van die verbandhouer nie. Die skrywers meen dat die koper 'n hofbevel sou kon kry wat die verbandhouer verplig om so 'n sertifikaat te verstrek. Hiermee kan saamgestem word. Waar hulle egter aan die hand doen (165 ev) dat so 'n bevel "may conceivably be coupled with the proviso that should the mortgagee fail to heed the court's direction, the land will be deemed not to have been mortgaged at all . . ." gaan hulle waarskynlik te ver. Geen magtiging bestaan vir so 'n bevel nie en dit lyk darem te verreikend. Na alle waarskynlikheid sal die gewone reëls van die siviele proses met betrekking tot hofbevele maar gevolg moet word. Of dit die gewensde resultaat sal oplewer, is 'n ander vraag, en die skrywers se submissie kan gerus in die wet self opgeneem word.

In hulle bespreking van artikel 27 van die wet (186 ev) word gesê: "[T]his provision applies to deeds òf alienation in general and not only to 'contracts' as defined in sec 1(1)(ii) of the Act." Dit is korrek. Miskien kon die skrywers net duidelikheidshalwe verder vermeld het dat *vervreemdingsakte* in hierdie artikel klaarblyklik net slaan op koopkontrakte en nie op ruil- of skenkingskontrakte (waar die teenprestasie paaiementsgewys geskied) nie. Dit blyk uit die gebruik van woorde soos "koopprys", "koper" en "verkoper" in die artikel.

In hulle bespreking van artikel 19 (204) wat betrekking het op aanmanings wat 'n verkoper moet stuur alvorens hy sekere regstappe teen die koper kan doen, meen die skrywers: "[I]t is essential, if the notice is handed to the purchaser, that the seller should 'obtain from him an acknowledgement of receipt therefor' . . ." Hiermee kan nie saamgestem word nie. Die woorde wat die skrywers aanhaal is te vinde in *Maharaj v Tongaat Development Corp (Pty) Ltd* 1976 4 SA 994 (A) 1000C. Dié beslissing handel egter oor die herroepe artikel 13 van die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling 72 van 1971. Laasgenoemde artikel het inderdaad bepaal dat 'n ontvangserkenning verkry moet word waar die aanmaning oorhandig, in plaas van gepos word. Die nuwe artikel 19 stel nêrens hierdie vereiste nie. Ofskoon dit vir bewysdoeleindes wenslik bly om 'n ontvangserkenning te verkry, is dit nie *essensieel* vir die geldigheid van die kennisgewing nie (sien hieroor 1982 *De Rebus* 254 255 en vn 54).

Daar is nog enkele ander gevalle waar 'n mens nie met die skrywers saamstem nie maar dit sal daargelaat word. In finale instansie gaan dit om 'n interpretasie en toepassing van die wet en is dit 'n geval van hoofde en sinne. Oor die algemeen is die skrywers se argumente egter so oortuigend dat 'n mens hulle òf nie betwis nie, òf hulle laat jou twyfel oor jou eie standpunte, òf hulle oortuig jou dat jy verkeerd was. Die interpretasies en verklarings bly die grootste enkele mereite van hierdie werk.

Die boek beskik oor die normale registers. Ofskoon 'n mens 'n woordregister eers kan beoordeel na langdu-

rige gebruik, lyk hierdie een met die eerste oogopslag baie volledig. Steekproewe wat gedoen is, was positief. Al van belang wat in die boek bespreek is (58 ev) en wat nie onder sy eie naam in die register opgespoor kon word nie, is "undisclosed principal". Dit is maar 'n baie effense puntjie van kritiek. Die woordregister bevat andersins uitdrukkings wat 'n skrywer meermale sou weggelaat het. Dit is 'n pluimpie vir die outeurs omdat 'n woordregister sekerlik een van die belangrikste aspekte van 'n boek is.

Volledigheidshalwe moet net daarop gewys word dat die skrywers in die voorwoord (viii) waarsku dat bylae 2 tot die boek (269) slegs die konsepregulasies tot die wet bevat. Die uiteindelike regulasies is te vinde by R2205 in *Staatskoerant* 8416 van 15 Oktober 1982. Die belangrikste verskille tussen die regulasies en die konsep in die boek is die vergoeding waarop transportbesorgers geregtig is en die maksimumkoers waarteen rente gehef mag word.

Om dan op te som: as jy 'n fout wil maak deur 'n boek op sy baadjie en naam te takseer, is hierdie die geskikte een. Die werk is klein van formaat maar propvol substansie. Die titel *The Practitioner's Guide to the Alienation of Land Act* is misleidend – positief misleidend. Die *prima facie* indruk is dat die boek slegs praktiese wenke vir prokureurs bevat. Dit is nie die geval nie. Die boek is wel van baie groot nut vir praktisyns (dit bevat byvoorbeeld standaardkontrakte in Afrikaans en Engels) maar gaan veel verder. Dit is ook bruikbaar vir teoretici, studente, dorpsontwikkelaars, finansiële instellings en enigeen wat met hierdie terrein van die reg gemoeid is. Dit is meer as bruikbaar, dit is onontbeerlik. Kortom, dit is 'n uitstekende boek.

JM OTTO
*Randse Afrikaanse Universiteit*

## WELSYNSREG

Redaksie: FRANCIS BOSMAN en MM (BEE) ECKARD

*Lex Patria, Johannesburg en Kaapstad 1982, xxvi en 750 bl; prys onvermeld*

Hierdie boek, wat ook in Engels beskikbaar is onder die titel *Social Welfare Law,* is bedoel nie alleen vir beroepslui en studente in maatskaplike werk nie, maar sekerlik ook vir almal wat belangstel in die reg ten aansien van maatskaplike probleme en aangeleenthede wat onder die term "welsynsreg" tuisgebring kan word. Dit dien as duidelike herinnering dat die reg, regskennis en regstoepassing nie vir regspraktisyns gereserveer is nie. Die reg raak elke burger en heelwat mense, van die welmenende vriend tot die amptenaar of professionele persoon wat met menslike leed in aanraking kom, benodig kennis van die reg op sekere terreine sowel as 'n insig in die breë agtergrond waarin daardie stukkie regsgeleerdheid werking vind. Die opstellers van die onderhawige werk het hulle dit dan ten doel gestel

om veral maatskaplike werkers en voornemende maatskaplike werkers te oriënteer ten aansien van verskeie fasette van die reg en om die regsreëls wat betrekking het op die probleme waarmee hulle professioneel in aanraking kan kom, uiteen te sit en te verduidelik.

Ten einde in hulle doel te slaag, moes die redaksie 'n seleksie van materiaal maak en die skrywers die juiste aanslag vind.

Wat die seleksie van materiaal betref, kan vermeld word dat die boek uit sewe dele bestaan en dat dit uiteenlopende onderwerpe dek. Daar is afdelings oor die regstelsel, die hofstelsel, hofprosedure, strafreg, straftoemeting, die persoon (personereg), die verlowing, die huwelik (sluiting, huweliksgoedere en egskeiding), samewoning, onderhoud, erfopvolging, ouerlike gesag, die reg betreffende Swart gesinslede, die sorgbehoewende kind, onderwys vir gestremde en vertraagde kinders, kontraktereg, arbeidsreg, geneeskundige reg, gesondheidsreg, drank en verdowingsmiddels, behuising, instromingsbeheer, pensioene, welsynsorganisasies en welsynsdienste.

Dit val dadelik op dat sommige gebiede binne die gewone belangstellingsveld van die regstudent en regspraktisyn val. Ten aansien hiervan moet in gedagte gehou word dat die behandeling en die omvang van die materiaal gekleur word deur die doel van die boek. Hierdie gedeeltes is helder en eenvoudig beskrywe met heelwat illustrasies en die aanslag is eerder prakties as volledig en analities, ofskoon daar tog heelwat interessante gegewens vermeld word. Die skrywers en skryfsters van hierdie dele is kenners wat nie die regsgeleerde leser sal verveel nie nieteenstaande die feit dat die materiaal nie primêr op hom gerig is nie. Die ander dele van die werk behandel onderwerpe wat hoofsaaklik vir lede van die gekose leserskring van belang is, maar wat nuttig sal wees vir daardie regsgeleerde, en enige ander persoon, wat inligting oor hierdie onderwerpe verlang.

In die aanbieding van die leestof is daar afgesien van die gebruik van voetnote en volledige dokumentasie. Verwysings na die vonnisse wat wel vermeld word, kom alleen in die indekse voor. Klaarblyklik is dit nie 'n naslaanwerk nie. Daar is egter heelwat gesag aangehaal en heelwat verwysings na gewysdes om verskillende feitegevalle te illustreer. Daar is ook heelwat verwysings na wetgewing en regulasies. Miskien is dit jammer dat daar nie spesiaal gewag gemaak is nie van die feit dat die wetgewer maklik wette wysig of vervang en regulasies nog makliker wysig of vervang sodat sommige inligting in die boek dalk ten tye van die lees daarvan reeds verouderd mag wees.

Die boek is ongetwyfeld 'n interessante eksperiment en 'n baanbrekerswerk. Dit voorsien in 'n bestaande behoefte en klaarblyklik is daar navorsing gedoen oor wat die behoefte is. Vir die besluit om sekere regsgebiede in te sluit en ander uit te laat, aanvaar die redaksie volle verantwoordelikheid. Omdat die presiese grense van die belangstellingsterrein van die maatskaplike werker ietwat vaag is, kan daar ook nie maklik hieroor met die redaksie getwis word nie. Baie onderwerpe is vanselfsprekend; ander word aangebied volgens die diskresie van die redaksie, soos die afdelings

oor erfopvolging, kontraktereg (uitgesonderd verbruikersbeskerming), arbeidsreg en instromingsbeheer. Niemand sal betwis dat kennis van hierdie onderwerpe in sekere omstandighede vir die maatskaplike werker nuttig is nie, maar of dit belangrik genoeg is om in 'n handboek vir die professionele maatskaplike werker opgeneem te word, mag menings dalk verskil. Hieroor moet die ervaring en die menings van die maatskaplike werkers die deurslag gee.

By die skryf van 'n werk soos die onderhawige is dit belangrik om die korrekte resep te vind vir die hoeveelheid ruimte wat aan besondere onderwerpe afgestaan word en om dan die nodige inligting helder en duidelik oor te dra. Hierdie aangeleentheid val ook binne die diskresie van die redaksie en die skrywer. Ten aansien van die geheel kan daar verklaar word dat die partye wel daarin geslaag het om 'n volledige dekking van die belangrikste aspekte van die welsynsreg aan te bied. Die klem word geplaas op wat tradisioneel as die persone- en die familiereg bekend staan, die strafreg, straftoemeting en maatskaplike vraagstukke. Die skrywers is elkeen 'n kenner van sy gebied. Die naam wat egter onder hulle uitstyg is die van Carmen Nathan. Sy het nie net die vernaamste bydrae, ongeveer 'n derde van die boek, geskryf nie, maar ook daarin geslaag om met vloeiende sjarme daardie derde met volop goeie voorbeelde en raak opmerkings toe te lig. Ofskoon sy soms sterk standpunt inneem, laat sy die reg en nie die dogma nie spreek. Sy en Francis Bosman kan geluk gewens word met 'n baie belangrike boek. Dit is belangrik om die reg korrek en in die regte perspektief aan nie-regsgeleerdes aan te bied. Die boek verdien egter wyer bekendstelling as die kring van maatskaplike werkers en daar kan voorsien word dat talle ander lesersgroepe ook die werk nuttig en leersaam sal vind.

DJ JOUBERT
*Universiteit van Pretoria*

## DIE INHEEMSE ADMINISTRATIEFREG VAN 'N NOORD-SOTHOSTAM

deur MW PRINSLOO

*Universiteit van Suid-Afrika, Pretoria 1981; xiii en 269 bl; prys R19,00*

Tot redelik onlangs is die verskillende inheemse regstelsels van die swart inwoners van hierdie suidelike subkontinent deur die regsfakulteite aan ons universiteite in 'n groot mate afgeskeep, as dit inderdaad as deel van die leergang aangebied is. Bygevolg het daar nie 'n behoefte aan geskikte handboeke ontstaan nie, en was die oes in hierdie opsig maar skraal.

Met die toenemende belangstelling in die inheemse reg wat in die sestigerjare na vore gekom het en veral die afgelope dekade 'n ongekende oplewing beleef het (met die Southern African Law Reform Conference ge-

durende Augustus 1980 te Sun City, Bophuthatswana as 'n hoogtepunt), is die reg van verskeie stamme en etniese groepe nagevors, opgeteken en te boek gestel. Die belangstelling was hoofsaaklik gekonsentreer op 'n studie van die persone-, familie- en erfreg en uitstekende werk is op die gebied gedoen. Dit was egter verblydend om die afgelope jare op te merk dat die tradisionele publiekreg van die swart volkere ook nou die nodige aandag kry en baanbrekerswerke het al verskyn. Vergelyk byvoorbeeld *Indigenous Criminal law in Bophuthatswana* deur AC Myburgh (red) en die referate wat by die Sun City-konferensie gelewer is.

Teen hierdie agtergrond was dit dus verblydend om *Die Inheemse Administratiefreg van 'n Noord-Sothostam* te kon ontvang en deur te werk. Die skrywer het nie net braakgrond oopgekloof deur die inheemse administratiefreg te boek te stel nie, maar het hom op 'n deel van ons reg gewaag wat self maar in sy kinderskoene staan.

Sommer met die oopmaak van die boek kom mens onder die indruk van die deeglikheid van die werk; dit spreek veral uit die inhoudsopgawe en hoofstuk I waarin die metode van ondersoek, literatuurstudie, veldwerk en enkele feite aangaande die bestudeerde volk vermeld word. Die werk word verdeel in twaalf hoofstukke. Elke hoofstuk eindig met 'n aparte paragraaf, "Gevolgtrekkinge", waarin die vernaamste bevindinge van die betrokke hoofstuk kortliks opgesom word. Dit bring mee in sekere opsigte 'n herhaling van wat reeds gesê is, maar dit is tog nuttig vir die leser om net weer 'n oorsigtelike beeld van die voorgaande stellings en besprekings in die hoofstuk byderhand te hê. Die werk word afgesluit met 'n aparte hoofstuk waarin die vernaamste gevolgtrekkinge waartoe in die voorafgaande hoofstukke gekom is, in afsonderlike paragrawe uiteengesit word.

In hoofstukke 2 tot 11 word die administratiefreg van die Matlalastam beskrywe en trag die skrywer om 'n sistematiek daaraan te koppel. Dit is opvallend dat Prinsloo verskeie hoofstukke moes wy aan gebiede van die reg wat aanverwant aan die administratiefreg is, en nie normaalweg in 'n boek oor administratiefreg sal verskyn nie. Dit was nodig omdat dit die eerste studie van sy soort is en ook omdat die owerheidstruktuur van en die verskillende ampte in die Matlalastam nêrens elders beskrywe word nie. So word die owerheidstruktuur in hoofstuk 2 bespreek, dit wil sê die posisie van die stamhoof, sy rade wat hom adviseer, die stamhof en ander ondergeskikte owerheidsorgane en die stamhoofskap (sy uitvoerende funksies, beheer oor grond, stamadministrasie, handhawing van die reg, die opvolger en die regent) in hoofstuk 4. Alhoewel besprekings van hierdie aard met die eerste oogopslag vreemd mag voorkom in 'n boek oor administratiefreg, toon Prinsloo tereg aan dat dit "by 'n studie van administratiefreg van belang [is] want dit is reëls met betrekking tot 'n amp wat met owerheidsgesag beklee is en deel van die stamadministrasie uitmaak"(27).

Die skrywer maak gebruik van Wiechers se beskrywing van die aard en omvang van die administratiefreg en die plek daarvan in die regsistematiek (22). Hy toon egter duidelik aan

dat in die moderne regstelsels die staatsadministrasie maklik van die howe en die wetgewer onderskei kan word, maar "om in 'n ongespesialiseerde regstelsel tussen staats-, proses- en administratiefreg te onderskei, is nie so maklik nie vanweë die ongedifferensieerde owerheidstruktuur, waarin duidelike werkverdeling tussen wetgewende, regsprekende en uitvoerende gesagsorgane ontbreek" (22-3). Die vraag ontstaan of dit korrek is en wetenskaplik verantwoord kan word om 'n klassifikasie en sisteem wat vir die Suid-Afrikaanse reg ontwikkel is, sonder meer op die tradisionele inheemse reg van toepassing te maak en as uitgangspunt te gebruik vir verdere besprekings.

Dit is egter een van die groot verdienstes van hierdie werk dat die skrywer deurgaans die reëls met betrekking tot administratiefreg as deel van die stamadministrasie beskou, dit wil sê as deel van die publiekreg, en onderskeibaar in die eerste plek van die wetgewende en regsprekende magte (25, 34, 123, 129 en 151), en tweedens van privaatregtelike verhoudinge (26). Deur hierdie onderskeiding op 'n suiwer wetenskaplike wyse toe te pas, kon Prinsloo byvoorbeeld aantoon dat "nòg die samestelling nòg die optrede van 'n familieraad deur die publiekreg beheers word" (151). Omdat die verhoudinge tussen die familieraad en lede van die familiegroep privaatregtelike verhoudinge is, ressorteer die werksaamhede van hierdie rade nie onder die administratiefreg nie. Ook kan hy duidelik onderskei tussen die bevoegdhede wat die stamhoof uitoefen as hoof van die uitvoerende mag en dié wat hy uitoefen as hoof van die regsprekende mag (34) en as deel van die wetgewende mag (123). Algemene skikkinge wat "verband hou met die hooftaak van die stamadministrasie, naamlik die uitvoering van die reg," verskil in dié opsig duidelik van "wetgewing omdat dit nie regte, bevoegdhede en verpligtinge van onderdane soos deur die reg gereël, verander nie" (129). Die algemene skikkinge van die stamhoof stel regsreëls in werking en is dus net bepalend van aard (130). Hierdie onderskeiding word duidelik uitgestip en lyk heeltemal korrek.

'n Verdere kenmerk van die administratiefreg van die groep onder bespreking wat bykans in elke hoofstuk na vore kom, is die rol wat die verskillende rade in die stamadministrasie speel (onder andere 15–8, 28, 34, 54, hoofstuk 5 en 211–4). Die skrywer toon duidelik aan dat, ten spyte van die feit dat die stamhoof, as hoof van die stamadministrasie, 'n sentrale en oorheersende plek in die administratiefreg inneem, die private raad en stamraad 'n noodsaaklike en onontbeerlike rol in die administrasie vervul. Die taak van hierdie rade is hoofsaaklik adviserend en kontrolerend van aard. Hierdie funksies van die rade word uitvoerig in hoofstuk 11 bespreek, waar dit duidelik blyk dat die stamhoof sy bevoegdhede uitoefen in oorleg met die rade wat die verteenwoordigers van die stam is. Interessant en insiggewend is die stelling van die skrywer op 212:

> "Raadpleging het ten doel dat die stamhoof voordat hy belangrike bevoegdhede uitoefen, ingelig word oor alle relevante omstandighede, insluitende die wil en wense van die stam; dat die stamhoof van willekeurige of bevooroordeelde optrede teruggehou word en gelei word om

> ooreenkomstig die reg en in die beste belang van die stam te handel; en dat die raadslede die geleentheid gegun word om met die vorming van die algemene administratiewe beleid te help en die stamhoof op ongewenste administratiewe praktyke te wys."

Dit sal bekend klink vir enige moderne regsgeleerde, miskien net in 'n ietwat gewysigde vorm.

Nou verbonde aan hierdie kontrolerende funksie van die rade, kan 'n derde kenmerk van die administratiefreg van die stam onder bespreking beklemtoon word, nl dat die verhouding van die stamhoof teenoor sy rade nie die tipiese administratiefregtelike verhouding is nie. Die stamhoof behou al sy pligte en verantwoordelikhede sodat geen delegering van bevoegdhede plaasvind nie. Die rade beïnvloed en kontroleer met hulle advies die optrede van die stamhoof met die gevolg dat die verhouding tussen die rade onderling en ten opsigte van die stamhoof nie die tipiese verhoudinge van interne magshiërargie of van administratiewe kontrole weerspieël nie (28). Die private raad tree slegs op na buite in die persoon van die stamhoof en funksioneer dus nie binne dieselfde magshiërargie as die stamraad nie. "[D]ie een kan nie bevele aan die ander gee nie en beskik ook nie oor die bevoegdheid om handelinge van die ander te hervorm nie."

Ten slotte kan na die volgende drie aspekte verwys word:

1 *Beheer oor stamgrond (hoofstuk 10)* Verskeie skrywers het al aangetoon dat die stamhoof die stamgrond beheer, nie as eienaar in die privaatregtelike sin van die woord nie, maar as owerheidsorgaan beklee met uitvoerende mag (vgl AJ Kerr *The Customary Law of Immovable Property and of Succession*). Prinsloo neem die uiteensetting 'n stap verder en toon duidelik aan dat die beheer oor stamgrond kragtens die reëls van die administratiefreg deur die uitvoerende hoof uitgeoefen word (202). Hy bevind dat hierdie bevoegdhede van die stamhoof, net soos ander administratiewe skikkings, aan sekere vormvereistes moet voldoen en dat ook die inhoud daarvan beheers word,

> "wat behels dat die owerheidsorgaan behoorlike aandag aan die aangeleentheid moet bestee deur alle ter sake dienende feite, omstandighede en regsreëls te oorweeg en hom nie deur onbehoorlike faktore te beïnvloed nie, en 'n redelike skikking te tref met inagneming van die openbare sowel as die private belang" (203).

Die uiteensetting van hierdie siening is besonder insiggewend en het al aanleiding gegee tot interessante besprekinge in die gevorderde kursus in Zoeloereg wat hier aangebied word.

2 *Die verskillende administratiewe eenhede (hoofstuk 6)* Die skrywer kom tot die verrassende gevolgtrekking dat naas die wyke, verbande ook as administratiewe eenhede optree. Die verbandshoof het nie beheer oor 'n bepaalde gebied nie, maar oefen as gevolg van die persoonlikheidsgrondslag (waarop sy bevoegdhede gebaseer is) slegs bevoegdhede uit oor lede van die betrokke verband (108 en 112; sien ook 30 en 35). Die bevinding is verrassend aangesien die verbande of linies in die stamreg van die meeste ander swart volkere net as sosiale eenhede funksioneer en geensins in die tradisionele staatsregtelike en administratiewe strukture ter sprake kom nie. Die feit dat verbande net

in die sentrale stamdorp as administratiewe eenhede funksioneer, dat die verbandshoof nie oor 'n bepaalde gebied beskik nie, nie bevoegdhede oor grond uitoefen nie, en nie belasting mag hef nie, dui daarop dat ook wat die Matlala betref verbande as administratiewe eenhede aan die verdwyn is.

3 *Bronne van die administratiefreg (hoofstuk 3)* In hoofstuk 3 waar die bronne van die administratiefreg bespreek word, verwys die skrywer na gewoonte, wetgewing, geheue en regspraak. Op 39 beweer hy dat die Suid-Afrikaanse hooggeregshof alleen judisieel kennis neem van geskrewe stamreg, terwyl ongeskrewe reg deur getuienis gestaaf moet word. Dit is jammer dat die skrywer net na Kerr in die verband verwys, terwyl die ietwat ander siening van Bekker in 1976 *THRHR* 359 nie vermeld word nie.

Die inhoud is goed versorg en geen spel- of setfoute kon aangeteken word nie. Die boek word in 'n netjiese formaat uitgegee teen 'n billike prys. Soos reeds gemeld, kan byna elkeen van die bevindinge en gevolgtrekkinge van die skrywer dien as 'n onderwerp vir bespreking in 'n gevorderde kursus in die inheemse regstelsels, iets wat al met vrug hier gedoen word. Hierdie werk van Prinsloo word dus verwelkom en die hoop word uitgespreek dat dit as stimulant sal dien vir ander om 'n soortgelyke studie by 'n ander stam te onderneem en te boek te stel.

MG ERASMUS
*Universiteit van Zoeloeland*

## HOOFDLIJNEN VAN DE GESCHIEDENIS DER RECHTSFILOSOFIE

deur HJ VAN EIKEMA HOMMES

*(2e druk) Kluwer, Deventer 1981; xx en 370 bl; prys DFl 55.*

Hommes is reeds geen onbekende meer in Suid-Afrika nie. As opvolger van Herman Dooyeweerd aan die Vrije Universiteit van Amsterdam en outeur van drie belangrike juridiese werke: *De Elementaire Grondbegrippen der Rechtswetenschap* (1972); *De Samengestelde Grondbegrippen der Rechtswetenschap* (1976) en *Hoofdlijnen van de Geschiedenis der Rechtsfilosofie* (eerste druk 1972), is hy sonder twyfel die toonaangewende kontemporêre eksponent van die Wysbegeerte van die Wetsidee op regsfilosofiese gebied. Ek verwys graag na my resensies van die gemelde drie werke (in (1973) 36 *THRHR* 97, 1977 *TSAR* 279 en (1973) 36 *THRHR* 446 respektiewelik) vir my siening van die man en sy werk.

Daarby is veral die laasgenoemde resensie nou van belang, omdat dit tans om die tweede druk van *Hoofdlijnen van de Geschiedenis der Rechtsfilosofie* gaan. Hommes het die teks, met net enkele byvoegings, gelaat soos wat dit in die eerste uitgawe was. Daardie byvoegings behels 'n paragraaf oor die kritiek van Dworkin ten aansien van Hart se regspositivisme; altesaam vier paragrawe oor Rawls se leer aangaande geregtigheid; en uitbouing van die slotparagraaf in die eerste uitgawe oor 'De noodzaak

van een radicale transcendentale kritiek in de rechtsfilosofie' tot 'n hele hoofstuk met vyftien genommerde paragrawe waarin 'n goeie samevatting gegee word van elementêre en samegestelde grondbegrippe van die regswetenskap, wat die tema was van Hommes se ander twee gemelde hoofwerke.

Met vermelding dat byvoeging van hierdie drie temas uiters waardevol is, kan daarom volstaan word met wat ek destyds van die eerste uitgawe van die onderhawige werk te sê gehad het. Daarvan gee ek hier net weer die samevatting van my gevolgtrekking:

> "Aangaande die Griekse en middeleeuse regsfilosofie voldoen die werk, buiten vir die weergawe van enkele filosofiese stelsels soos dié van Aristotelés en Thomas van Aquino, nie heeltemal aan my verwagtinge nie; die weergawe van die 17e en 18e eeuse regsfilosofie is, buiten miskien wat Fichte en Hegel betref, so goed as wat kan kom; wat die 19e eeuse wysbegeerte betref, is die feitelike weergawe van die betrokke regsfilosofiese standpunte miskien nie so verhalend as dié van iemand soos Dias *Jurisprudence* nie, maar Hommes se analise en interpretasies is veel diepsinniger as dié van die Engelse outeur; en wat die 20ste eeuse regsfilosofie betref, verkeer Hommes in die land van die eenoog (met nietemin 'n uiters bruikbare weergawe van die toepaslike materiaal). In die algemeen kan gekonstateer word dat die werk, in sy geheel genome, meer geskik is as handboek vir die geskiedenis van die wysbegeerte as enigeen van die werke wat tans vir dié doel in Suid-Afrika in omloop is."

JD VAN DER VYVER
*Universiteit van die Witwatersrand*

# HUGO DE GROOT 10 April 1583–28 Augustus 1645

'n Groot deel van die Augustusnommer van die 1945-*Tydskrif* is gewy aan die herdenking van Hugo de Groot se dood 300 jaar vantevore. Die betrokke bydraes het die aandag gevestig op die belangrikheid van De Groot vir die

privaat- en publiekreg in Suid-Afrika (én natuurlik ook elders); 'n belangrikheid wat nie maklik oorskat kan word nie.

Dit verbaas dan ook nie dat die bestuur van die Vereniging Hugo de Groot (die vereniging is die "eienaar" van die *Tydskrif*) op sy jaarvergadering aan die begin van 1982 besluit het dat die Meinommer van vanjaar aan die herdenking van Hugo de Groot se geboorte 400 jaar gelede gewy moet word nie. Die resultaat van hierdie besluit sien u in die volgende 84 bladsye.

Die doel was beslis nie om met 'n opeenhoping van superlatiewe aangaande De Groot die jonger geslag nog eens van sy belangrikheid bewus te probeer maak nie. Die doel is veel eerder om te wys op die deurlopende invloed van De Groot se geskrifte op ons reg; 'n invloed wat vandag nog nie uitgespeel is nie.

Natuurlik dra die goedopgeleide juris van vandag steeds kennis van De Groot, maar dié kennis is dikwels tweedehands of, soos uit vele proefskrifte blyk, bloot eklekties. Hoeveel van ons lesers het al 'n boek of selfs 'n hoofstuk van De Groot se *Inleidinge* in die geheel deurgelees? Miskien sou dit 'n goeie gedagte wees om by die studie van 'n *caput selectum* deur LLB-studente, die betrokke gedeelte uit die *Inleidinge* tot uitgangspunt te neem en die studente dan vandaar tot by ons huidige regsposisie te lei. Per slot van rekening is goeie regsopleiding tog nie gemik op blote kennismededeling nie maar op die inleiding van die student tot die juris se denkwêreld; die inleiding tot 'n bepaalde regswetenskaplike metodiek. Dit behels onder andere 'n meer bewuste en sinryke aansluiting by die Romeins-Hollandse wortels van ons reg.

As ons regsdosente nie hierdie uitdaging aanvaar nie, kan ons maar ophou om Hugo de Groot lof toe te swaai. Sodanige lofuitinge sou dan niks meer as leë lippetaal wees nie.

Die Redaksie spreek sy besondere dank aan advokaat Arthur Suzman SC uit vir die beskikbaarstelling van die pragtige litografie van De Groot in sy agt en veertigste jaar wat u hiervóór afgedruk sien. Verder betuig ons ons dank aan almal – veral die vyf artikelskrywers – wat gehelp het om hierdie nommer die lig te laat sien.

ADJvR

*Wat deur HUGO DE GROOT meer as drie eeue gelede in die* Inleiding *opgeteken is, is sinds 1652 in Kaapland en is vandag nog in heel Suidelike Afrika lewende reg, vir sover dit nie deur wetgewing gewysig of deur onbruik afgeskaf is nie, net soos die inhoud van* De Jure Belli ac Pacis *vir die Volkereg van vandag nie slegs herinnering is aan wat was nie, maar nog altyd lewende aktualiteit. Ek weet van geen ander skrywer oor twee verskillende gebiede van die reg, van wie se geskrifte dieselfde gesê kan word nie.*

*D Pont 1945* THRHR *183.*

# Die lewe en betekenis van Hugo de Groot

TJ Scott
*BA (Hons) LLD*
*Professor in die Romeins-Hollandse reg en Internasionale Privaatreg aan die Universiteit van Pretoria*

**SUMMARY**

**The Life and Significance of Grotius**

In this article the emphasis is primarily on the biographical details of Grotius' life. Reference is made to his numerous works in the fields of law, poetry, drama, theology, philosophy and historiography. After a brief evaluation of the person and his works, it is stated in conclusion that even today, 400 years after the great man's birth, he can be regarded as a source of inspiration to South African jurists.

Op 10 April vanjaar was dit presies 400 jaar gelede dat Hugo de Groot die eerste lewenslig in die Hollandse stad Delft aanskou het. Gebore uit 'n vooraanstaande familie,[1] was hy bestem om een van die grootste regsgeleerdes van alle tye te word. Die eerste ontmoeting van 'n Suid-Afrikaanse regstudent met die geskiedenis van hierdie juris is gewoonlik tydens sy eerste studiejaar wanneer hy De Groot waarskynlik leer ken as "die grondlegger van die moderne Volkereg" en "die grondlegger van die wetenskap van hedendaagse privaatreg in Suidelike Afrika."[2] Saam met ou skrywers soos Johannes Voet, Van der Keessel en Van der Linden pryk sy naam gewoonlik as een van die belangrikste "ou skrywers" van ons Romeins-Hollandse gemenereg. Wat De Groot egter onderskei van die ander, is dat hy benewens sy talente in die regsgeleerdheid, ook roem verwerf het as digter, dramaturg, klassikus, godgeleerde, filosoof en staatsman.

Daar is waarskynlik geen Nederlander oor wie se lewe meer geskrywe is nie: om 'n bibliografie van skrywers oor hom en sy werk saam te stel, sal opsigselfstaande 'n formidabele taak wees.[3] Die besondere belang van De Groot vir ons Suid-Afrikaanse regsbestel blyk uit die feit dat daar hier te lande reeds van-

1 Vir De Groot se genealogie, sien *Catalogus van de Grotius - Tentoonstelling te s'Gravenhage (13-28 Juni 1925)* 104 ev. 'n Interessante feit is dat hy in werklikheid uit die familie Cornets stam, dog dat sy oupagrootjie die familienaam van sy eggenote, nl De Groot, aan sy enigste seun gegee het.

2 Sien Pont "Die 'Inleydinge tot de Hollandsche Rechts - Geleerdheyd' van Hugo de Groot" 1945 *THRHR* 182.

3 Vir redelik volledige bronnelyste in maklik verkrygbare algemene handboeke oor die uitwendige regsgeskiedenis kan vir ons doeleindes hier alleen verwys word na Wolf *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistegeschichte* (1963) 303 ev; Hermesdorf *Schets der Uitwendige Geschiedenis van het Romeins Recht* (1970) 319 vn 4; Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1979) 351 vn 367. Die volledigste lewensbeskrywing van De Groot is nog steeds Brandt en Van Cattenburgh *Historie van het Leven des Heeren Huig de Groot* in twee bande 1e uitg (1727).

af betreklike vroeë tye oor hom gepubliseer is, meestal in handboeke oor die regsgeskiedenis,[4] dog ook in tydskrifartikels[5] en inleidende opmerkings tot vertalings en kommentare.[6]

Hugo de Groot se vader, Jan, het as burgemeester van Delft groot sosiale aansien geniet en het homself as bekwame juris bewys, aanvanklik deur sy studie te Leiden, van welke instelling hy later (van 1594 tot 1617) een van die kuratore was, en uiteindelik deur verwerwing van die doktorstitel in die regte asook die meesterstitel in die kunste en wysbegeerte aan die Universiteit te Donai in Frankryk.[7] Onder Jan de Groot se intieme vriende het van die mees vooraanstaande geleerdes van sy dag getel; mense soos Prins Maurits, die seun van Prins Willem van Oranje, Johan van Oldenbarneveld, die "Vader des Vaderlants" in die oë van die beroemde digter Vondel,[8] en die vooraanstaande geleerdes Jan Dousa, Bazanval, Simon Stevin, Lipsius, Scaliger, Franciscus Junius, Raphaelengius, Paulus Merula, Uitenbogaerd en Arminius.[9] Ook was Hugo de Groot se oom, Cornelis de Groot, wat hom te Parys en Orléans in die regte bekwaam het, as geleerde so hoog geëer dat hy sedert die stigting van die Universiteit te Leiden in 1575 daar 'n aanstelling geniet het as professor in die wysbegeerte, Romeinse reg en Feodale reg. Hy sou ses termyne as rektor van hierdie hoogstaande akademiese instelling dien.[10] Die kontak wat die ongetwyfeld uitstaande begaafde[11] Hugo van kindsbeen af met hierdie uitgelese vriendekring

4 Sien veral Wessels *History of the Roman-Dutch Law* (1908) 262 ev; Hahlo en Kahn *The SA Legal System and its Background* (1973) 550 ev; Van Zyl aw 191-193 346-352.

5 Sien bv Lee "The Introduction to the Jurisprudence of Holland (Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid) of Hugo Grotius" 1932 *SALJ* 45-53; Kitchen "The Torch of Grotius" 1940 *SALJ* 50-52; Baloch "Die Tradisionele in Grotius se opvatting omtrent die Volkereg" 1945 *THRHR* 73-99; Coertze "Hugo de Groot se Plek in die Volkereg" 1945 *THRHR* 134-143; Pont aw (lg drie artikels is geleentheidsgeskrifte ter herdenking aan De Groot se sterfdag 300 jaar vroeër); Van Warmelo "Verbeterde Lesings van 'Die Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid' van Hugo de Groot en van ander Geskrifte, waarvan deur D.G. van der Keessel melding gemaak word" 1949 *THRHR* 179-217; Van Rijswijk "The Verantwoordingh of Hugo de Groot" 1957 *Butterworths SA Law Review* 69-83; Van Warmelo "Our legal heritage: Hugo Grotius" 1977 *DRP* 252-255; Scott "Uit die ou bronne: Gedigte om en deur Hugo de Groot" 1978 *DRP* 564-566.

6 Sien Maasdorp *The Introduction to Dutch Jurisprudence of Hugo Grotius* (1878) i-xiv; Lee *The Jurisprudence of Holland by Hugo Grotius* (vol I: *Text, Translation and Notes* (1926); vol II: *Commentary* (1936) I vii-xi II v-ix.

7 Brandt en Van Cattenburgh aw I 4-5; Gribling *Hugo de Groot - Zijn bewogen Leven en wereldberoemde Werken* (1947) 7.

8 Gribling aw 13.

9 Knight *The Life and Works of Hugo Grotius* (1925) 19-20. Die werk is oor die algemeen meer krities as die "normale" biografieë van De Groot.

10 Sien veral Knight aw 10-15.

11 As bewys van sy genialiteit word gewoonlik gewag gemaak van die feit dat hy op agtjarige ouderdom (in 1591) reeds diepsinnige verse in Latyn en Grieks gedig het. Sy gediggie ter geleentheid van die verdrywing van die gehate Spanjaarde deur Prins Maurits uit Nijmegen lui soos volg:

"Plaudite Mauritio victori quotquot adestis,
Namque is Caesaream Neomagum venit in urbem;
Vel potius Domino Victori plaudite Christo,
Namque is Mauritio Neomagum tradidit urbem."

Sien hieroor Brandt en Van Cattenburgh aw I 6 (met Nederlandse vertaling); Scott aw 564.

gehad het, het sonder twyfel 'n heilsame invloed op sy vorming gehad, hoewel dit hom waarskynlik beroof het van die sorgeloosheid van 'n meer "normale" vriendekring vir sy ouderdom.[12] Knight[13] lê besondere klem op die vormende waarde van hierdie vroeë kontrak met geleerdheid:

> "So the story of the youth of Grotius is as nothing if it makes no reference to the distinguished men by whom he was always surrounded, and with whom it is certain he mixed on the most intimate terms. All this does infinitely more to explain the man and his work than his juvenile success as Latin poet and student, upon which his biographers have always insisted almost exclusively."

Vanaf sy sewende jaar word die jong Hugo toevertrou aan die sorg van private leermeesters, ten einde hom 'n grondige skoling in Grieks en Latyn te verleen. Vanaf sy twaalfde jaar studeer hy aan die Leidse Universiteit, 'n feit wat vandag as hoogs merkwaardig voorgehou word en destyds selfs in 'n lofgedig besing is.[14] Uit die gepubliseerde rekords van die Universiteit blyk egter dat baie kinders reeds op so 'n vroeë leeftyd aan die letterefakulteit ingeskryf het.[15] Hugo was bevoorreg om tydens sy driejarige verblyf aan die huis van "een van die scherpzinnigste, Godvruchtigste en vredelievenste Theologanten zyner eeuwe,"[16] te wete professor Franciscus Junius tuis te gaan, waar hy voortdurend, soos aan die huis van sy vader, in die geselskap van vooraanstaande geleerdes verkeer het, 'n feit wat beslis veel sou bydra tot sy finale vorming. Die onderwerpe van sy *studium generale* was veral geskiedenis, Griekse en Latynse literatuur, wysbegeerte, wis- en sterrekunde, asook teologie en regsgeleerdheid. Dat die swaartepunt van sy konsentrasie in hierdie stadium nie die regsgeleerdheid was nie, blyk uit die feit dat hy reeds tydens sy eerste studiejaar drie opspraakwekkende gedigte geskrywe het, asook as veertienjarige Capella se taalkundige werk[17] uitgegee en die Griekse digter Aratus se bekende gedig oor die astronomie[18] vertaal en uitgegee het. Die oorlewering lui dat hy as twaalfjarige ook sy moeder oorreed het om die Rooms-Katolieke geloof af te sweer en lid van die Gereformeerde Kerk te word.[19]

Dat De Groot se lewensloop tot in hierdie stadium as merkwaardig te beskryf is, sal niemand seker wil ontken nie; dat hy self 'n besef gehad het van

12 Sien Gribling a w 8: "Ondanks zijn begaafdheid had Hugo geen prettige jeugd;" Hallema *Hugo de Groot* (1946) 11: "Dat is het tragische van De Groot's levensloop, dat hij al te jong ophield *gewoon mensch,* vooral *normaal,* d.i. *echt kind* te zijn."

13 a w 13.

14 nl dié van Jan Dousa, wat soos volg 'n aanvang neem:
"Magne puer, Magni dignissima cura parentis:
Nomine sis, dubito, major an ingenio."

15 Sien Knight a w 27 waar met verwysing na die universiteitsrekord van 1595 vermeld word dat meer as een derde van die eerstejaarstudente van daardie jaar onder 16 was (drie elfjariges was selfs ingeskrewe studente).

16 Brandt en Van Cattenburgh a w I 8.

17 nl *De nuptiis Mercurii et Philologiae* wat dateer uit die vyfde eeu.

18 nl *Phaenomena;* sien veral Van Zyl a w 346.

19 Vir verdere geestesskeppinge van De Groot tydens sy verblyf in Leiden, sien Brandt en Van Cattenburgh a w I 9-10.

sy talente en vermoëns, val nouliks te betwyfel.[20] Sy vurige drang om altyd koorsagtig besig te wees gee dan ook aanleiding tot sy persoonlike leuse: "hora ruit" (die tyd vlieg).

Op vyftienjarige ouderdom het Hugo as lid van die gesantskap van Justinus van Nassau, die admiraal van Zeeland, en Johan van Oldenbarneveld, die Nederlandse ambassadeur in Frankryk, na die hof van die Franse koning Hendrik IV gereis ten einde die Franse te probeer oorreed om nie 'n vredesverdrag met die gehate Spanjaarde te sluit, en sodoende die posisie van die Nederlandse staat wat in die tagtigjarige oorlog met Spanje gewikkel was, te verswaar nie. Daar word veel gewag gemaak van die gulle ontvangs wat veral Hugo de Groot te beurt geval het: afgesien van die feit dat die koning hom as "le miracle d'Hollande" aan sy hof voorgehou het, het hy aan hom ook 'n goue ketting met 'n penning, waarop hy self afgebeeld was, geskenk. Hier het De Groot ook 'n lewenslange vriendskap gesluit met die tienjarige prins van Condé, en sy invloedryke vriendekring uitgebrei.[21] Verskeie aanbiedinge van betrekkings en eretitels word hier deur of namens De Groot van die hand gewys. Hoewel die gesantskap later onverrigtersake huis toe moes gaan, was die verblyf in Frankryk vir De Groot persoonlik 'n triomf. Nadat die res van sy geselskap teruggekeer het na sy vaderland, vertoef hy nog 'n jaar in Frankryk en behaal in 1599 die doktorsgraad in die regte aan die universiteit van Orléans – "zeer zeker een uniek verschijnsel in de rechtsgeschiedenis."[22]

Met sy terugkeer in Holland het De Groot, voordat hy nog die wetlik vasgestelde ouderdom bereik het,[23] in Desember 1599 as advokaat begin praktiseer aan die Hof van Holland, Zeeland en West-Friesland, asook aan die Hoge Raad, beide in Den Haag gesetel. Die advokate-beroep het hy ononderbroke beoefen vir 'n tydperk van 8 jaar.

Na sy toetrede tot die advokatuur volg sy aanstellings in belangrike ampte mekaar snel op: Sedert 1602 word hy algemeen aanvaar as die adviseur van die College van kuratore van die Leidse universiteit;[24] in 1604 word hy historiograaf van Holland;[25] in 1607 advokaat-fiscaal van die Hof van Holland, Zee-

20 Knight a w 31 stel dit soos volg: "If his youth had one dominating idea or impulse, it would be that he was himself a superior person, who must and shall attain (an) exceptionally distinguished and influential position in life."

21 Sien oor die waarde wat geheg moet word aan die koning se woorde en geskenk Knight a w 34-35 wat sterk kontrasteer met die meerderheid biograwe se sienings (bv Brandt en Van Cattenburgh a w I 11).

22 Gribling a w 16. Knight a w 37-38 wys daarop dat dit destyds onmoontlik was om binne een jaar aan dié universiteit te promoveer: sy kontensie is dus dat De Groot òf 'n *ballatus* ("doctor by 'favour' or diploma merely") was, of dat die universiteit van sy rigiede reëls afgewyk het. Hoe dit ook al sy, in die lig van De Groot se latere roem as juris, is dit hoogs merkwaardig dat die tydperk van sy formele regsopleiding nie langer as een jaar was nie - 'n feit wat in werklikheid die verstand te bowe gaan.

23 Sien Pont a w 187.

24 In dié hoedanigheid het hy beslis sy invloed gebruik om Arminius te laat benoem as Junius se opvolger in die amp van hoogleraar in die teologie (Gribling a w 29). Sy belangstelling vir en aktiewe deelname aan die godsdienstwiste van sy tyd blyk dus reeds op 'n baie vroeë stadium.

25 Met die spesifieke opdrag om die vryheidstryd teen die Spanjaarde (later bekend as die "Tagtigjarige Oorlog") te beskrywe. Een van sy mededingers vir dié gesogte betrekking was Baudius,

land en West-Friesland;[26] en in 1613 pensionaris van Rotterdam,[27] die belangrikste amp wat hy ooit in sy geboorteland sou beklee.

In hierdie tydperk (1604-6) het De Groot sy eerste juridiese verhandeling, *De Jure Praedae* geskrywe as 'n regsmening vir sy kliënt, die VOC, na aanleiding van die kaping van 'n Portugese skip, die "Santa Catarina" deur admiraal Heemskerk.[28] Slegs een hoofstuk daarvan, die *Mare Liberum*, is in 1609 deur hom gepubliseer.[29] Hierdie werk was ongetwyfeld die voorloper tot die bekende *De Jure Belli ac Pacis.*

In 1608 het hy op aandrang van sy vader in die huwelik getree met Maria van Reigersbegen, eweneens lid van 'n vooraanstaande familie. Hierdie was 'n baie gelukkige huwelik, waarin Maria haar as ware steunpilaar vir haar eggenoot bewys het.[30] Uit die huwelik is sewe kinders gebore, waarvan slegs vier De Groot oorleef het.

Die benoeming van De Groot tot pensionaris van Rotterdam lui die ondergang van sy politieke loopbaan in,[31] "[w]ant spoedig sou blijken, dat hij als diplomaat ongeschikt was en daardoor in de grootste moeilijkheden zou geraden."[32]

Ten einde die verloop van De Groot se loopbaan vanaf 1613 te begryp, is dit nodig dat die politieke en godsdienstige agtergrond in hierdie tyd van naderby beskou word. Sedert 1575, met die vestiging van die teologiese fakulteit te Leiden, ontstaan daar mettertyd 'n kloof tussen diegene wat aan Bybel*eksegese* voorrang gee, en dié wat 'n strakke definiëring wil gee van die Christelike geloofsleer, dié wat aan *dogmatiek* die voorrang gee.[33]

As belangrikste eksponent van die dogmatici tree die Leidse professor

hoogleraar te Leiden. Knight a w 53 beweer van hierdie aanstelling "(that it was) influenced, doubtless, by his family connections and friends," dog lê geen konkrete bewys voor vir so 'n assumpsie nie.

26 Vir literatuur oor hierdie amp sien Pont a w 188 vn 16: dit het behels die taak van 'n moderne prokureur-generaal, asook die bylegging van grensgeskille tussen provinsies en die behandeling van aangeleenthede wat niks met die regspraak te doene gehad het nie (sien Gribling a w 29). Uit hoofde van sy amp moes hy soms die marteling van verdagtes op die pynbank bywoon, iets waarteen hy geweldig opgesien het. Brandt en Van Cattenburgh a w I 27 noem as bewys van sy "teder naturel" die feit dat hy by aanskoue van só 'n marteling "begon te staroogen en het weinig scheelde of hij had geheel en al bezwemen en bezweken."

27 Die belangrikste politieke amp in die stadsregering (Pont a w 189 noem hom "stadsklerk"), wat hom sitting gee in die state van die provinsie Holland en later selfs in die state-generaal van die Republiek.

28 Sien veral Knight a w 79 e v; Gribling a w 22-25.

29 Die volledige teks van *De Jure Praedae* is eers in 1868 gepubliseer; so laat as 1934 het Damsté se Nederlandse vertaling daarvan eers die lig gesien.

30 Vgl Hallema a w wat Maria soos volg beskrywe: "Zij, de sterke, kloeke vrouw, de ronde Zeewin, de manhaftige soms, die doordreef, veel alleen heeft moeten doen bij afwezigheid van haar man, doch ook in diens oogenblikken van laakbare zwakheid hem een hart onder den riem heeft moeten steken ...." Vir 'n voorbeeld van haar karaktergetrouheid ten tye van groot druk en beproewing, sien die beskrywing van haar optrede in Motley *The Life and Death of John of Barneveld* II (1880) 394 e v.

31 Gribling a w 31; Pont a w 189.

32 Gribling *loc cit.*

33 Vir 'n bondige dog helder uiteensetting sien Eyffinger "De Hollandse Jaren 1583-1621" in *Het Delfts Orakel Hugo de Groot 1583-1645* (brosjure van Stedelijk Museum Het Prinsenhof, Delft (1983) 17 25 e v.

Franciscus Gomaris na vore. Jacobus Arminius wat in 1603 sy ampsgenoot te Leiden word, en in 1604 sy leerstellinge publiseer, neem lynreg teen Gomaris stelling in: so ontstaan dan die skole van Arminiane (Remonstrante) en Gomariste (kontra-Remonstrante). Die felle stryd het nie lank hierna nie daartoe bygedra dat die sagmoedige Arminius beswyk het; in sy leerstoel is 'n aanhanger van Gomaris, Conrad Vorstius, aangestel. In 1610 het wyle Arminius se volgelinge hul *Remonstrantie* gepubliseer, waarin 'n oproep om verdraagsaamheid in geloofsake gedoen word. Dit is beantwoord deur 'n felle *Contra-Remonstrantie* van die Gomariste. In die Caesariaanse idioom van "alea iacta est" kan die publikasie van hierdie geskrifte tipeer word as die "scheiding van geesten."[34] De Groot is onvermydelik, as intieme kennis en geesgenoot van Arminius, by die stryd wat hoofsaaklik om die leer van die predestinasie en die verhouding tussen kerk en owerheid gewentel het,[35] betrek. Die politieke twispunt wat saamgehang het met dié geskille was tussen die state van Holland, enersyds, wat sterk gestaan het op die soewereiniteit van elke provinsie in die Republiek, en die state-generaal, andersyds, wat van oordeel was dat die individuele staat moes swig voor die soewereiniteit van die federasie van provinsies. Hierdie politieke dispuut het verder tot botsende standpunte oor die aard en status van die kerklike sinode gelei: die state van Holland was ten gunste van 'n provinsiale sinode, die state-generaal ten gunste van 'n nasionale sinode.[36] As Arminiaan het De Groot sy lot ingewerp aan die kant van die state van Holland.

Nog voor sy ampsaanvaarding as pensionaris het De Groot as lid van 'n Nederlandse gesantskap na Londen gegaan ten einde te poog om 'n meningsverskil tussen die Engelse regering en die VOC op te los betreffende die speseryhandel met Indië: De Groot-hulle moes gaan argumenteer ten gunste van die monopolie wat die VOC geniet het. Dit is nogal ironies dat hy hier gedwing word om in die openbaar 'n standpunt te verdedig waarteen hy in sy *Mare Liberum* te velde getrek het.[37] Volgens opdrag van Johan van Oldenbarneveld, die belangrikste politieke verteenwoordiger van die skool van Arminiane, het hy die Engelse koning Jacobus se steun vir die standpunt van die state van Holland probeer wen – veral wat betref hul leer insake die predestinasie. De Groot het egter die gramskap van Abbot, die aartsbiskop van Kantelberg, op sy hals gehaal en die hele sending het uiteindelik op 'n mislukking uitgeloop.[38]

34 Eyffinger a w 26.

35 Oor die predestinasie was die Gomariste van oordeel dat die voorbeskikking van die mens tot ewige dood of saligheid geheel en al in God se oordeel berus; die Arminiane was van oordeel dat die mens nie 'n bloot passiewe rol speel nie, dog deur sy geloofsbeoefening die ewige lewe kan verdien. Wat die verhouding kerk-staat betref, was die Gomariste teokraties ingestel in die sin dat hulle die kerklike owerheid 'n belangriker plek as die wêreldlike owerheid toegeken het. Die Remonstrante was presies die teenoorgestelde mening toegedaan, in die sin dat hulle verkondig het dat 'n soewereine staat oppergesag voer oor die kerk.

36 Sien ook Pont a w 190.

37 Knight a w 142 veroordeel De Groot se optrede in skerp taal: "So did Grotius, when in London, conveniently forget his rhetoric of the *Mare Liberum,* wherein he stigmatises monopolists as criminals."

38 Dat veral Abbot 'n lae opinie van De Groot gehuldig het, blyk uit die volgende aanhaling uit 'n brief (weergegee in Knight a w 144): "At his first coming to the King, by reason of his good

Met sy terugkeer na Holland en aanvaarding van die amp van pensionaris, bevind De Groot hom onmiddellik in die hitte van die politiek – godsdienstige twis. Die publikasie van sy *Ordinum Pietas*[39] in 1613 waarin hy vir die State van Holland in die bresse tree teen die Gomaristiese beskuldigings van kettery, verseël grootliks sy lot. Hierdie pro-Arminiaanse werk laat 'n stortvloed kritiek los oor sy hoof en aanvalle teen sy persoon neem in getal en heftigheid toe – ten spyte van die feit dat hy die stuk bloot in sy amptelike hoedanigheid in opdrag van die State van Holland geskrywe het: sy skerpe toon laat dié verskoning vervaag.

Die hoogtepunt van De Groot se bydrae tot die politieke woelinge is sy betoog in 1616, waarin hy gepoog het om die stadsvaders van Amsterdam oor te haal na sy faksie se siening, en sy aandeel in die sogenaamde "Scherpe resolutie"[40] waarin die "kiem van een burgeroorlog" geskuil het.[41] Dat De Groot geen behae geskep het in die stryd wat hy help ontketen het nie, word bewys deur die feit dat sy gesondheid aangetas is.[42] Hierna het prins Maurits self ingegryp ten einde die Republiek van "verbrokkeling" te red. Sy argument was dat die optrede van die State van Holland neergekom het op inbreukmaking op sy prerogatief en 'n opstand was teen hom as opperbevelhebber van die magte van die generaliteit. Hy het die kant van die Gomariste en die state-generaal dus onherroeplik gekies en daadkragtig opgetree. De Groot word in 1618 saam met die ander leiers van sy faksie, te wete Van Oldenbarneveld, Hoogerbeets en Ledenberg, in hegtenis geneem en deur 'n spesiale hof van 24 regters, wat op onwettige wyse saamgestel is,[43] verhoor weens hoogverraad. Die 22-jarige Van

*Latine* tongue, he was *so tedious* and full of *tittle tattle,* that the King's judgment was of him, *that he was some Pedant, full of Words and of no great Judgment*." Dieselfde Abbot skryf die volgende mening aan 'n sekere dr Steward toe (Knight *loc cit*): "[L]ike a smatterer he had studied some two or three Questions, whereof when he came in Company he must be talking to vindicate his skill; but if he were put from those, he would shew himself but a simple fellow." Dit is hierdie reaksie wat De Groot ontlok het, wat vir Lee *Hugo Grotius* (1930) 21 last konkludeer: "Grotius, at the age of thirty, and having had experience of affairs for the past fifteen years, had not learnt to handle men. His qualities did not lie in that direction."

39 Sien veral Brandt en Van Cattenburgh a w I 59 e v.

40 Die "Scherpe resolutie" het daarop neergekom dat 'n nasionale sinode nie byeen geroep moet word nie; aan stedelike besture is wye magte verleen om wanordelike gedrag te voorkom, en soldate is verplig om trou te sweer aan die staatlike regering, in teenstelling met die generaliteit.

41 Sien Gribling a w 47.

42 Vgl Macdonell *Great Jurists of the World* (1913) 173: "(H)e was so affected by the bad success ...that he was seized with a fever, which nearly proved fatal to him."

43 Die feit van die saak is dat daar indertyd geen gemeenskaplike strafregstelsel vir al sewe provinsies was, waarvolgens De Groot-hulle aangekla kon word nie; die state-generaal het dus geen bevoegdheid gehad om die hof saam te stel nie. 'n Verdere merkwaardige feit is dat daar in die uitspraak verswyg is aan welke misdaad hulle skuldig bevind is, en dat hierdie gebrek eers 'n jaar later aangesuiwer is: hul sou skuldig wees aan *crimen laesae maiestatis,* met die verdere gevolg dat al hul besittings verbeurd verklaar is ten gunste van die state-generaal (sien Brandt en Van Cattenburgh a w I 219; Knight a w 161). Die onregmatigheid van dié regsproses het groot verontwaardiging ontlok. Die beroemde Nederlandse digter Vondel het na aanleiding hiervan sy beroemde gedig "Geuse Vesper" met die subtitel "of siecken-troost voor de vierentwintigh" geskrywe. Decker *Van Hooft tot Luyken* II (1967) 223 merk op: "Nêrens het Vondel in sy hekeldigte tot so 'n hoogte gestyg as in hierdie gedig nie, wat in sy genre 'n ereplek verdien in die wêreldliteratuur."

Oldenbarneveld is ter dood veroordeel en onthoof; Ledenberg het selfmoord gepleeg en De Groot[44] en Hoogerbeets is tot lewenslange gevangenisstraf in die kasteel Loevenstein gevonnis.

Tydens De Groot se verblyf te Loevenstein is hy getrou onderskraag deur sy eggenote Maria asook deur sy broer Willem, sy swaer Nicolaas van Reigersbergh en sy boesemvriend Gerard Vossius, die bekende teoloog.[45] "Het grootste steun vond Grotius echter ... in het bijbelwoord,"[46] welke feit steun vind in die verskyning van *Vraghe en antwoord: over den Doop* en *Bewys van den waren godsdienst*, twee gedigte "die behoren tot het mees gelezene uit Grotius' oevre ..."[47]

De Groot se werk wat hom veral in Suid-Afrika tot een van die sentrale figure onder ons ou skrywers verhef, is tydens sy verblyf van bykans 22 maande in die slot Loevenstein geskrywe. Dit is naamlik sy *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid.*[48] De Groot het hierdie werk onder die moeilikste omstandighede geskrywe; sy allergrootste strüikelblok was geleë in die feit dat hy 'n nypende tekort aan regsbronne gehad het; aan die ander kant is dit myns insiens nie onmoontlik nie dat juis die gebrek aan primêre en sekondêre bronne meegewerk het tot die feit dat die *Inleidinge* De Groot se juridiese intellek op sy suiwerste weerspieël: die inhoud is ontdoen van onnodige digressie en weerspieël 'n beeld van die essensiële kern van die reg wat hy wil beskrywe.[49]

Juis die boeke wat aan De Groot vir studie- en naslaandoeleindes versend is, het hom die geleentheid tot sy roemryke ontsnapping gebied: deur bemiddeling van sy heldhaftige vrou – en dié se diensmeisie – is hy in die trommel waarin die boeke gewoonlik na hom versend is, versteek en die kasteel uitgedra. Die "wonderlijke geschiedenis van de boekenkist"[50] kulmineer in sy ontsnapping na Antwerpen, vanwaar hy uiteindelik na Parys vlug, waar hy baie jare lank met sy gesin sou vertoef.

44 Die rede vir die feit dat De Groot se lewe gespaar is, word deur sommiges gesoek in die feit dat hý bereid was om kompromieë te sluit met sy aanklaers. Sien Motley a w II 396: "It must be confessed that the heart of the great theologian and jurist seems to have somewhat failed him after his arrest, and although he was incapable of treachery ... he did not show the same Spartan firmness as his wife, and was very far from possessing the heroic calm of Barneveld."

45 Sien die interessante persoonlike gegewens by Brandt en Van Cattenburgh a w I 194 e v.

46 Eyffinger a w 30.

47 *ibid.* Lg sou later in prosavorm verwerk word en in meer as 150 uitgawes in verskeie tale die lig sien: sien veral Ter Meulen en Diermanse *Bibliographie des écrits imprimés de Hugo Grotius* (1950) 450 e v.

48 Vir 'n volledige evaluasie sien in besonder Pont a w 192-201.

49 Merkwaardig is die parallel tussen die *Inleidinge* en Van Oven se uitmuntende *Leerboek van Romeinsch Privaatreg* wat gedurende die winter van 1942-1943 in Nederland geskrywe is tydens die Duitse besetting, toe die bekende Leidse hoogleraar ook aangewese was op 'n handjievol hulpmateriaal terwyl hy in aanhouding geskryf het (sien die "Voorwoord" tot sy 3e druk xvii).

50 Vondel het ook hierdie episode in De Groot se lewe in vers verewig deur sy "Huigh de Groots Verlossing" wat in 1632 die lig gesien het. Interessant is die gerugte omtrent die emosies wat die berig van De Groot se ontsnapping by Prins Maurits opgewerk het. Volgens sommige was sy woorde: "Ik dacht wel dat dit zwarte verken mij bedriegen zou;" andere stel in Maurits se antwoord 'n onverbloemde ontsag vir Die Groot: "Ik dacht wel dat ze dezen loozen vos niet gevangen zouden houden, want hij alleen was wijzer dan al zijn rechters zamen!" (Sien Hallema a w 91.)

Vanweë die Franse afkeer van die handelswyse van Prins Maurits en die Gomariste, val dit nie vreemd op dat De Groot politieke asiel in Parys verleen is nie. 'n Mens kan ook begryp dat die bande wat hy as jeugdige diplomaat met die prins van Condé gesluit het, hom hier goed te pas gekom het. Na die skrywe van sy *Verantwoordingh*, 'n verdedigingsgeskrif wat die onwettigheid van sy veroordeling moes aantoon, het die Franse regering hom vanaf 1622 'n jaargeld van 3 600 gulden toegeken "hebbende in achting genomen de verdiensten, bequaemheit en zonderlinge geleertheid van den Heer de Groot ..."[51] Ondanks hierdie gebaar is dit bekend dat De Groot en sy gesin in groot finansiële nood verkeer het, grootliks vanweë die feit dat bloedweinig van die beloofde jaargeld ooit uitbetaal is, en dit in elk geval in 1631 deur kardinaal Richelieu wat 'n hewige renons in De Groot gehad het, gekanselleer is.[52] Gerugte is selfs versprei dat De Groot tot die Katolisisme bekeer is, grootliks vanweë die feit dat hy begerig was om in diens te tree[53] van die Franse regering wat in daardie stadium 'n stryd teen die Hugenote gevoer het.

Tydens De Groot se verblyf in Frankryk het sy *De Jure Belli ac Pacis* in 1625 die lig gesien. Aan hierdie werk het hy sy roem as "vader van die volkereg" te danke:[54] Etlike jare later sou sy aanstelling as Sweedse gesant in Parys grootliks te danke wees aan die roem wat hy deur die skrywe van dié werk behaal het.[55] In 1631 het hy ook uiteindelik toegesien dat sy *Inleidinge* gepubliseer is.[56]

Na die dood van Prins Maurits in 1625 het Prins Frederik Hendrik die "stadhouder" geword en dit het die hoop onder De Groot se vriende laat ontstaan dat die klimaat teenoor hom in sy vaderland sou verander. Ses jaar later het De Groot, deur dié gunstige beriggewing daartoe beweeg, sonder verlof van die Nederlandse owerheid na Rotterdam gereis. Maar omdat die "partijenhaat" nog nie afgekoel het nie, het sy verblyf spoedig onveilig geword; nadat hy in April 1632 voëlvry verklaar is, vlug hy finaal uit sy vaderland na Hamburg, waar hy oorval is met werkaanbiedinge van die Deense, Poolse en Spaanse regerings. Uiteindelik het hy in 1634 besluit om in diens van die Sweedse regering te tree. Sedert 1635 het hy gedien as Sweedse gesant in Parys.[57] Daar het hy hom telkemale die gramskap van die magtige Richelieu op die hals gehaal, wat herhaaldelik gepoog het om hom uit sy pos te laat onthef.[58] De Groot het

51 Brandt en Van Cattenburgh a w I 285.
52 Wessels a w 268.
53 Vgl Nellen "Grotius' Ballingschap 1621-1645" in *Het Delfts Orakel Hugo de Groot 1583-1645* 55 56.
54 Vgl Barrie se artikel elders in hierdie tydskrif.
55 Vgl Wessels a w 270.
56 Een van die redes wat aangevoer word vir die 10 jaar-periode wat verloop het tussen die skryf en die publikasie van die boek, is De Groot se heimlike wens dat hy 'n pardon van die stategeneraal sou ontvang wat hom in staat sou stel om in Nederland addisionele literatuurstudie te doen ten einde die werk na behore te annoteer. Vgl Pont a w 191-192.
57 In sy posisie as Sweedse gesant het hy daarin geslaag om hoë agting af te dwing, selfs van die toenmalige aartsbiskop van Kantelberg (Brandt en Van Cattenburgh a w II 54) - in skrille kontras met die emosies wat hy as 30-jarige gesant in Londen by die toenmalige biskop ontketen het (sien vn 38 supra).
58 Vgl Hallema a w 138.

egter die hoogste aansien aan die Franse hof geniet, hoewel sy persoonlike geluk onder die omstandighede gely het. Die kleinere pligte van gesant het hom ook nie aangestaan nie en as diplomaat was hy geen uitblinker nie. Dat hierdie toedrag van sake nie dui op 'n ernstige tekortkoming in De Groot se aanleg en begaafdheid nie, dog eerder toe te skrywe was aan die aard van normale diplomatieke werksaamhede, kan 'n mens geredelik aanvaar.[59] Nog steeds het die De Groot-gesin dit op finansiële gebied nie breed gehad nie, aangesien die Sweedse regering heel dikwels nagelaat het om hul gesant sy vergoeding te betaal. Vandag skyn dit 'n merkwaardige en beslis betreurenswaardige verskynsel te wees dat die persoonlike geluk en sekuriteit van 'n man van die stoffasie van Hugo de Groot moes ly onder 'n toevallige laksheid aan die kant van amptenare, wie se versuim sonder twyfel dikwels die resultaat van korrupsie was.

Tydens hierdie jare het De Groot hom persoonlik in 'n groot mate begin afsonder en veral gewend tot die studie van die Romeinse geskiedskrywer Tacitus, asook die skrywe van kommentare op verskeie boeke van die Bybel.[60] Ook sy kontroversiële *Defensio fidei Catholicae de satisfactione Christi adversus Faustum Socinium Senensem* het in dié periode verskyn.[61] Sy strewe om 'n versoening tussen die Christelike kerke te weeg te bring sou hom nog baie jare na sy dood deur teoloë vanuit alle oorde verwyt word. Sy werke dui nou ook daarop dat hy afgesien het van sommige van sy pro-Arminiaanse standpunte; dog veral die feit dat hy ten opsigte van sekere aangeleenthede skynbaar toenadering tot die Rooms-Katolieke kerk soek, het aanleiding gegee tot gerugte at hy Rooms geword het – iets wat sy aansien in sy vaderland beslis geskaad het.

In 1644 is hy deur die Sweedse vorstin, koningin Christina, na Stockholm teruggeroep. Oor die presiese omstandighede van sy terugkeer bestaan daar nie eenstemmigheid nie,[62] maar dat dit die resultaat was van kleinlike politiekery kan geredelik aanvaar word. De Groot het sy eervolle ontslag van Christina ontvang en op 12 Augustus 1645 per skip uit Stockholm vertrek na 'n bestemming waaroor daar vandag nie veel sekerheid bestaan nie.[63] Dié skip is dae lank in 'n hewige storm rondgeslinger en De Groot het veel liggaamlike ongerief en blootstelling verduur. Dit is bekend dat hy juis vanweë hierdie ontberinge dodelik siek geword het. Op 28 Augustus 1645 het hy te Rostock die tydelike met die ewige verwissel. Sy stoflike oorskot is op 3 Oktober van dieselfde jaar in die Nieuwe Kerk te Delft ter aarde bestel.

Hugo de Groot kan in die volste sin van die woord as 'n produk van sy tyd bestempel word: as humanis[64] en natuurreggeleerde het hy in sy geestesskeppinge 'n nalatenskap daargestel wat beslis as een van die hoogtepunte van die

59 Vgl Hallema a w 154: "Een het hofleven met zijn kleine plichten, tydroovende etiquette en traditionele sleur, waaraan hij zich als gesant wel moest onderwerpen, verveelde hem." Vgl verder Knight a w 225.

60 Sien Knight a w 267.

61 Vgl Lee *Hugo Grotius* a w 40-41.

62 Nellen a w 66.

63 Gribling a w 129.

64 Deur vele word De Groot, wat prestige betref, met sy beroemde landgenoot Desiderius Erasmus in een asem genoem.

Nederlandse "Goue Eeu" bestempel kan word.[65] Dit is ironies dat hierdie man wat so 'n enorme bydrae gelewer het tot die prestige van sy vaderland, sedert die fleur van sy lewe as balling moes lewe, 'n feit wat die waarheid beklemtoon van die Bybelse spreuk dat 'n profeet onder sy eie mense nie geëer word nie.

De Groot se ware grootheid lê nie alleen in sy belesenheid en wysheid reeds op 'n ongewoon jeugdige leeftyd nie, dog ook, en by uitstek, in die "universeele van zijn kennis en doorzicht."[66] Sy ganse lewensarbeid is beheers deur sy enorme werkywer en -krag, sy vermoë tot selfkritiek en sy seldsame groot vermoë tot die snelle absorbering van die stof wat hy bestudeer het.[67] Veral sy aanleg om take teen 'n verbysterende tempo af te handel – in ware nalewing van sy devies "ruit hora" – het aanleiding gegee tot die ontstaan van loftitels soos die "Wonder" en "Phenix" van sy eeu.[68]

Ongetwyfeld lê sy groot aansien ook in die veelsydigheid van sy aanleg. Diegene wat wêreldroem verwerf op geesteswetenskaplike gebied doen dit meestal op een studieterrein. Maar Hugo de Groot was 'n universele geleerde van die hoogste kwaliteit:[69] "Hy was een goed natuurkundige, een uitstekend philoloog ... een goed philosoof en een niet onbekwaam dichter. Maar bovenal was hij een groot jurist en een uitblinkend theoloog en moraalfilosoof."

Afgesien van De Groot se meriete as persoon,[70] leef daar vandag 'n "ewige deel"[71] van hom in sy werke voort. Ten einde 'n konkrete begrip te vorm van die volume werk wat hy tydens sy 62 lewensjare voltooi het, is dit insiggewend om na bibliografieë oor sy eie werke, asook dié wat oor hom en sy werke gepubliseer is, te kyk.[72]

Van sy juridiese werke staan beslis voorop sy *De Jure Belli ac Pacis* waarin hy die grondslae van die moderne volkereg gelê het; dan volg sy *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* wat as eerste regshandboek van sy aard in Nederlands geskrywe, veral later in Suid-Afrika groot aansien verwerf het. Dan is daar ook die jeugwerk *De Jure Praedae* waarvan slegs die hoofstuk "Mare Liberum" tydens sy leeftyd die lig gesien het. Ten slotte kan verwys word na

65 Die volgende aanhaling weerspieël 'n standpunt waarteen weinig vandag nog beswaar sal maak: "Onder de groote mannen, die uit het Nederlandse volk zijn voortgekomen, is Hugo de Groot een der allergrootsten" (Borret in 1945 *Katoliek Culrureel Tijdscift* (15 Aug) aangehaal in Hallema a w 183; Gribling a w 135 se oordeel is kort en kragtig: "De betekenis van De Groot is enorm."

66 Hallema a w 180; sien hieronder.

67 Hallema a w 181.

68 *ibid.* Veelseggend is Vondel se lofgedig waarin na De Groot se bekende portret deur Mierevelt verwys word, en waarin die loftitels "Zon des Lants" en "Delftsch Orakel" (kennelik 'n woordspeling n a v "Delfiese orakel") aangewend word om hom te verheerlik. Vgl ook Lee *Hugo Grotius* a w 45.

69 Gribling a w 135.

70 Lee *Hugo Grotius* a w 44-47 verskaf 'n baie heldere, hoewel bondige evaluasie van De Groot as persoon, voordat hy 47 e v sy werke onder die loep neem.

71 Lee *Hugo Grotius* a w 47.

72 Veral van belang hier is Rogge *Bibliotheca Grotiana* 1883; Ter Meulen en Diermanse *Bibliographie des écrits imprimes de Hugo Grotius* (1950), *Bibliographie des écrits sur Hugo Grotius* (1961). Sien verder die bondige, dog bruikbare *Grotius - tentoonstelling te s'Gravenhage Catalogus (13-28 Juni 1925)* 15-103.

sy minder bekende *Florum sparsio ad just Justinianeum*, 'n reeks aantekeninge op die *Corpus Iuris Civilis* en die *Libri Feodorum* wat drie jaar voor sy dood verskyn het, sy *De Aequitate, Indulgentia et Facilitate* wat saam met *De Jure Belli ac Pacis* gepubliseer is, asook sy regsmenings in die *Hollandsche Consultatiën.*[73]

As digter is veral van hom bekend die bundels gewyde verse onder die titels *Sacra* en *Mirabilia.* Sy teologiese aanleg vind uiting in dramas soos *Adamus Exul*[74] en *Christus Patiens*, dog sy bydrae op hierdie gebied was veral in die vorm van sy eksegetiese werk. Lee[75] se woorde onderstreep hierdie feit: "Hugo Grotius had an epoch-making effect on Old Testament exegesis ..." Sy belangrikste historiese werke is waarskynlik sy *Annales et Historiae de rebus Belgicis,* sy *De antiquitate reipublicae Batavicae* en sy *Historia Gotthorum, Vandalorum et Langobardorum.*

Ten spyte van die feit dat De Groot dus uitgeblink het op vele gebiede, is hy vandag hoofsaaklik as juris beroemd – en hierdie roem toon nog geen tekens van taan nie. Hierdie waarheid blyk duidelik uit die ewewigtige evaluasie wat Wolf[76] in dié verband verskaf:

> "Dieser Nachruhm ist von Jahr hundert zu Jahr hundert gewachsen, wenn auch nicht ohne Wandel der Wertmaszstäbe und -akzente. Als Humanist und neulateinischer Dichter gilt Grotius inbestritten, wird aber kaum gelesen. Als Theologe hebt er mehr in der Geschichte der Wissenschaft als in der heutigen Auseinandersetzungen fort. Seine historischen Werke sind auszerhalb der engeren Heimat fast vergessen. Aber die Wirkung seiner drei Schriften zum Naturrechtsproblem[77] hat alle wandlungen der Zeit überdauert."

Hugo de Groot *is* dus vir die nageslag primêr juris, en die waarde van veral sy volkeregtelike geskrifte sal beslis nog lank van krag bly. Vir ons Afrikaansprekende juriste van vandag het hy met die skrywe van sy *Inleidinge* ook die waarheid tuisgebring dat 'n mens in jou moedertaal – al is dit dan self nie 'n wêreldtaal nie[78] – sinvol kan publiseer en inderdaad moet publiseer. In die lig van hierdie laaste stelling kan by wyse van afsluiting na Pont[79] se woorde verwys word:

> "Indien dan ook by wyse van slot die vraag gestel word of die werk van De Groot [*Inleidinge*], afgesien van sy intrinsieke waarde as beskrywing van ons reg soos dit in sy tyd gegeld het, vir ons geslag van vandag 'n spesiale boodskap nagelaat het, kan die antwoord daarop wees dat elke volk in elke tyd daarop geregtig is om eie reg in eie taal opgeteken te vind, dat Hugo de Groot die eis verstaan het en daaraan voldoen het en dat op ons generasie van vandag die taak rus om De Groot se voor-

73 In SA is lg veral bekend in vertaalde vorm, nl De Bruyn se *The Opinions of Grotius* (1894).
74 "Adam dei banneling," waarop die beroemde Engelse digter Milton sonder twyfel gesteun het toe hy "Paradise Lost" geskrywe het (vgl Knight a w 51).
75 a w 48.
76 a w 302.
77 te wete *De Jure Praedae, Mare Liberum* en *De Jure Belli ac Pacis.*
78 Die *Inleidinge* is natuurlik "geïnternasionaliseer" deur die Latynse vertaling daarvan deur Van der Linden, onder die titel *Institutiones Juris Hollandici* (eers in 1962 te Leiden uitgegee deur Fischer).
79 a w 202-203.

beeld na te volg en dat ons nie beter kan doen nie as om al ons kragte in te span om hom te ewenaar. Daarmee sal ons sy nagedagtenis eer en ons dank vir wat sy werksame en vrugbare lewe aan ons nagelaat het, enigermate kan betaal." □

*The claims of the great work of Grotius,* De Jure Belli ac Pacis, *to be included in a list of Universal Classics, do not rest upon the felicity of style usually expected in a classic composition. His work is marked by frequent rhetorical deformities, tedious and involved forms of reasoning, and perplexing obscurities of phraseology which prevent its acceptance as an example of elegant writing. Notwithstanding these external defects, it is, nevertheless, one of the few notable works of genius which, among the labors of centuries, stand forth as illustrations of human progress and constitute the precious heritage of the human race.*

*If it is not literature in the technical sense, the masterpiece of Grotius is something higher and nobler, – a triumph of intelligence over irrational impulses and barbarous propensities. Its publication marks an era in the history of nations, for out of the chaos of lawless and unreasoning strife it created a system of illuminating principles to light the way of sovereigns and peoples in the paths of peace and general concord.*

*Uit AC Campbell se inleiding tot sy vertaling van* De Iure Belli ac Pacis *London (1901) 1.*

# Die invloede op Hugo de Groot

DP Visser
*B Iur LLD*
*Professor in die Privaatreg aan die Universiteit van die Noorde*

**SUMMARY**

**Influences on Grotius**

In the work of Grotius the influence of his predecessors is, as one would expect, an ever-present reality and in the course of this century these influences have been the object of numerous studies. The value of research of this nature is that it enables one to make an objective evaluation of his importance in the history of Western thought. But, apart from the purely historic value, a knowledge of the sources used by him can be a practical aid to the proper understanding of his work and it can even be of direct importance to present-day South African law as, for instance, the background to *Inleidinge* 3 30 6 shows.

The influences on his work on natural law, the law of nations and private law, are integrated and should not be viewed in isolation, although it should be kept in mind that in his work on positive law the relative importance that he attached to particular sources was obviously to a great extent dictated by practical reality. He drew from the classic, theological and Roman law traditions. Although his thought is usually described as having been of Stoic stamp, Aristotle's influence cannot be discounted. He frequently referred to the Church Fathers but the Spanish moral philosophers and theologians of the 16th and 17th centuries represent a more important influence, which is not only noticeable in his views on natural law and the law of nations but also in those on positive law, a fact borne out, for instance, by the obvious influence of these writers on his views about the existence of a general enrichment action. This influence should, however, not be overemphasised: his command of Roman law enabled him, for example, to put his own stamp on the law of nations, a field where the influence of these authors was particularly strong. In the *Inleidinge*, in particular, the influence of Pierre de la Ramée can also be clearly seen.

In spite of the fact that many of his views can be traced to predecessors he is, however, not a mere compiler. His real value as an innovator lies in his singular ability to synthesise.

## 1 INLEIDING

Die krag van De Groot se uitsonderlike bydrae tot die natuurreg, die volkereg en die privaatreg is tot vandag toe nie alleen in Suid-Afrika nie maar ook in die Europese regstelsels merkbaar. As die klem by hierdie vierhonderdste herdenking van sy geboortedag val op die invloed wat hy op die regswêreld gehad het, is dit heeltemal tereg. Maar ook De Groot – en hoe kan dit ook anders – staan in die teken van die invloed van sy voorgangers. Om sy ware plek binne die Westerse denke as 'n geheel te beoordeel, maar ook om heel praktiese redes (soos hieronder sal blyk), het dit besondere nut om De Groot ook vanuit die perspektief van die invloede op hom te belig. Daar is al gesê dat almal dit eens is dat De Groot vernuwing in die geesteswetenskap gebring het, maar dat dit nie maklik is om te bepaal presies wát daardie vernuwing was nie. Met 'n ondersoek na sy bronne kan 'n stap nader aan die vasstelling hiervan beweeg word.

## 2 INVLOEDE OP DE GROOT SE NATUURREGTELIKE EN VOLKEREGTELIKE BESKOUINGS

Die beïnvloeding van De Groot op die gebiede van die natuurreg, die volkereg en die privaatreg is verweef. Vir die daarstelling van 'n volkereg wat sowel nasionale as konfessionele grense oorskry het en dus geen positiewe sanksie gehad het nie, het De Groot 'n natuurreg ontwikkel om die grondslag, die innerlike gesag daarvan, te wees.[1] Maar juis hierdie grondvesting van sy volkereg in die natuurreg en die gevolglike formulering daarvan as 'n algemene regsleer, het sy volkereg ook vir die natuurlike privaatreg van belang gemaak,[2] welke sienings ook nie ten aansien van sy positiefregtelike beskouings onbetuig gebly het nie. Wanneer die bronne vir De Groot se arbeid in oënskou geneem word, kan die verskillende regsgebiede waarop hy hom begeef het dus nie in isolasie beskou word nie, alhoewel sekere onderskeidings tog belangrik is: in die *Inleidinge* staan De Groot noodwendig in 'n ander verhouding tot die Romeinse reg en die kommentators daarvan as in *De Jure Belli ac Pacis*, aangesien dié bronne by eersgenoemde deel vorm van die *corpus* van die geresipieerde Romeinse reg, maar by laasgenoemde slegs getuienis (alhoewel in reële sin) van die *recta ratio* is. So ook kan verwag word dat die filosofiese invloede meer gesublimeerd sal wees in sy positiefregtelike arbeid as andersins.

Die bronne van De Groot op natuurregtelike en volkeregtelike gebied sal ongetwyfeld elders in hierdie bundel aandag kry en in hierdie bydrae sal die klem eerder op sy bronne op privaatregtelike gebied val, maar vanweë die genoemde geïntegreerde werking van hierdie invloede moet 'n kursoriese blik op sy beïnvloeding buite om die spesifiek privaatregtelike terrein gewerp word.

In die proses van die grondvesting van sy natuurregsisteem op "das Zeugnis der gesamten menschlichen Rechtserfahrung"[3] put De Groot uit die klassieke, teologiese en Romeinsregtelike tradisies. Ten opsigte van sy klassieke beïnvloeding verdedig Fortuin[4] (teenoor beskouings soos dié van byvoorbeeld Del Vecchio[5]) die standpunt dat die grondbeginsels van De Groot se natuurreg (afgesien van ander insette) grondliggend teruggaan op die (veral latere) Romeinse Stoa eerder as dat dit primêr van Aristoteliaanse inslag is. Inderdaad is daar talle van De Groot se grondbeginsels wat tot dié invloed herlei kan word, soos byvoorbeeld die (vir sy houding omtrent slawerny bepalende) aanvaarding van die gelykheid van alle mense teenoor die Aristoteliaanse idee van die natuurlike ongelykheid van mense en die aanvaarding van die Stoïsynse idee van die geestelike gemeenskap van alle mense, in verband waarmee hy die begrip *appetitus societas* gebruik en waaruit hy dan sy natuurreg aflei. Gesien die Stoïsynse be-

1 Wieacker *Privatrechtgeschichte der Neuzeit* (1967) 289-290; Stahl *Geschichte der Rechtsphilosophie* (1847) 158 ev.
2 Wieacker 290.
3 Wieacker 289.
4 *De natuurrechtelijke grondslagen van De Groot's volkenrecht* (1946) 17-18.
5 *The philosophy of law* vert Martin 8e uitg (1952) 68.
6 Fortuin 16: Van Eikema Hommes *Hoofdlijnen van de geschiedenis der rechtsfilosofie* (1972) 72 76-77; Wieacker 289; Stahl 166 169-170.

invloeding van die klassieke Romeinse juriste[7] kan sodanige instelling by De Groot as Romeinsregtelik georiënteerde juris geen verwondering wek nie, en hy verwys dan ook besonder dikwels na Seneca en die sterk Stoïsyns-beïnvloede Cicero. Tog was daar seer sekerlik ook Aristoteliaanse invloed. Hy gee self aan Aristoteles die eerste plek onder die filosowe,[8] en Edwards[9] kom tot die gevolgtrekking dat *De Iure Belli ac Pacis* "revealed, much in the manner of Aquinas, his dependence upon the Stoics and upon Cicero ... for his ideas on the origin and the nature of law and upon Aristotle for his ideas on law in particular."

As teoloog en oortuigde Christen vind hy ook in die Bybel en die (eweneens Stoïsyns-beïnvloede) Kerkvaders soos Chrysostomos en Tertullianus gesag vir sy natuurregtelike beginsels.[10] In hierdie verband heg hy verder ook besondere waarde aan die (hoofsaaklik Spaanse) moraalteoloë en natuurreg-soekende juriste. De Groot het reeds tydens sy studie met hierdie skrywers kennis gemaak[11] en hy self het oorvloedig met woord en daad getuig van die belang wat hy aan hulle geheg het. So het hy per geleentheid sy broer Willem in 'n brief aangeraai om Soto en Ferdinand Vasquez te lees.[12] Hy het verder sy aanhanklikheid aan hierdie voorgangers getoon deur die talle verwysings na hulle in *De Iure Belli ac Pacis.* (Thieme [13] het die aantal kere wat De Groot na die Spaanse skolastici verwys, opgetel en wys daarop dat alhoewel die verwysings na die Spanjaarde nie naby die aantal verwysings na die *Corpus Iuris*, Aristoteles, Cicero en die kerkvaders kom nie, hulle meer is as dié na Bartolus en Baldus of na juriste soos Alciatus en Cujacius.)

Alhoewel daar veel geskryf is oor die invloed wat sekere skrywers op natuurregtelike en volkeregtelike gebied op De Groot gehad het, is daar in die Suid-Afrikaanse regsliteratuur nog maar weinig aandag hieraan gegee. In die lig hiervan is enkele, algemene agtergronds- en biografiese opmerkings waarskynlik nie onvanpas nie, veral ook aangesien dit die bedoeling is om hieronder die (minder bekende) invloed van hierdie skrywers op De Groot se privaatregtelike beskouings te behandel. Onder hierdie groep tel teoloë, moraalfilosowe en juriste waarvan die meeste van Spanje afkomstig is waar, sedert die eerste helfte van die 16e eeu, die Skool van Salamanca die leiding in die moraalteologie oorgeneem het.[14] Van dié Thomisties-georiënteerde laat-Skolastici het veral die volgendes 'n invloed op De Groot gehad:

*Sylvester Prierias (1456-1523)* Hy was 'n Dominikaner afkomstig uit Prierio in

7 Van Eikema Hommes, wat self baie klem lê op die Stoïsynse beïnvloeding van De Groot.
8 *Prolegomena* 42, maar vergelyk ten aansien hiervan Fortuin 17.
9 *Hugo Grotius, the miracle of Holland* (1981) 139.
10 Fortuin 113-114.
11 Thieme "Naturliches Privatrecht und Spätscholastik" 1953 *ZSS* (GA) 263. Vergelyk verder Duynstee *Geschiedenis van het natuurrecht en de wijsbegeerte van het recht in Nederland* Geschiedenis der Nederlandsche Rechtswetenschap II 1 (1956) 34 n 1. Anders Fortuin 124 n 1.
12 Vgl Thieme 264.
13 265.
14 Vgl Scherner "Die Wissenschaft des Handelsrechts" *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtgeschichte* II 1 ed Coing (1977) 802.

Piemont wat verskeie doseerposte in Italië beklee het en uiteindelik professor in die Thomistiese filosofie aan die Gymnasium Romanorum was. Veral bekend was sy werk *Summa Summarum.*[15]

*Thomas Caietanus (1469-1535)* Hy was eweneens 'n Dominikaner wat, nadat hy ook doseer het, uiteindelik in 1517 kardinaal geword het. Sy hoofwerk was 'n kommentaar op Thomas van Aquino se *Summa Theologica.*[16]

*Franciscus de Vitoria (1492-1546)* Dié teoloog en moraalfilosoof was die grondlegger van die Skool van Salamanca. Sy werk (waaronder *De Indis* en *De Iure Belli*) is postuum uitgegee as die *Reflectiones Theologica.*[17]

*Doctor Navarrus*[18] *(1493-1586)* Hy was 'n kanonis en moralis afkomstig uit Barasoain in die provinsie Navarra en het doseer in Toulouse, Cahors, Salamanca en Coimbra.

*Domingo (Dominicus) de Soto (1494-1560)* Hy was afkomstig uit Segovia. Hierdie jongere kollega van Vitoria het ook in die teologie onderrig gegee en is veral bekend om sy *De justitia et de jure libri decem.* (Krause[19] beweer dat De Groot nie na Soto verwys nie. Dit is egter nie waar nie.[20])

*Diego (Didacus) Covarruvias y Leyva (1512-1577)* Hierdie "Spaanse Bartolus" was Biskop van Segovia en 'n kommentator van die kanonieke reg.

*Francisco Suarez (1548-1617)* Dié bekende inspireerder van De Groot was 'n Spaanse Jesuïet wie se belangrikste werk *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* was.[21]

*Leonardus Lessius*[22] *(1554-1623)* Hy is in Brecht naby Antwerpen gebore, was 'n Jesuïet wat te Dowaai en Rome studeer het en was 'n leerling van Roberto Bellarmini en Francisco Suarez. Hy het teologie aan die Jesuïete-kollege in Leuven gedoseer en sy hoofwerk was *De iustitia et de iure, caeterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor ad Secundam secundae D Thomae a quaest 47 usque ad quaest 171*, wat vir die eerste maal in 1605 in Leuven gepubliseer is.

*Luis de Molina (1535-1600)* Hy is in Cuena, Nieu-Kastillië gebore, was eweneens Jesuïet en het van 1563 tot sy dood in sowel Portugal as Spanje doseerposte gehad.[23]

Verdere skrywers op wie De Groot hom beroep het, was Balthazar de Ayala (1548-1584), Ferdinand Vasquez (1548-1584), Ludwig Molina (1593-1600),

15 Vgl Diesselhorst *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* Forschungen zur neueren Privatrechtgeschichte 6 (1959) 13 n 54.
16 Sy doopnaam was Jacobus de Vio (Diesselhorst 11 n 44).
17 Thieme 235 237-238; Wieacker 285.
18 Sy doopnaam was Martinus Azpilcueta (Diesselhorst 14 n 57).
19 60.
20 Thieme 243 n 22.
21 Del Vecchio 66.
22 Lenaert Leys (of de Leys). Feenstra "De oorsprong van Hugo de Groot's leer over dwaling" *Met eerbiedigende werking: opstellen aangeboden aan Prof mr L J Hijmans van den Bergh* (1971) 87-101; Diesselhorst 4 n 2.
23 Diesselhorst 4 n 1.

Franciscus Arias, Domingo Bannez, Alphonsus de Castro, Antonio Gomez, Ludovicus Lopez, Petrus de Lorca, Bartholomaeus Medina, Thomas Sanchez, Franciscus Toletus en Gregor van Valentia.[24]

Die oorsprong van De Groot se beroemde uitspraak ten aansien van die onafhanklikheid van die natuurreg van God, kan gebruik word om die invloed van die moraalteologiese tradisie op De Groot se natuurreg te illustreer:

> "Et haec quidem, quae iam diximus, locum aliquem haberent, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana"[25]

Dié formulering het nie sy oorsprong by De Groot nie en volgens Suarez[26] (by wie De Groot dit na alle waarskynlikheid oorgeneem het[27]) is dit reeds voor hom deur verskeie outeurs gebruik – onder andere deur 'n sekere Gregorius wat deur Del Vecchio identifiseer word as Gregorius Ariminensis of de Armino (oorlede 1358). Die feit dat bostaande uitspraak ook geen werklik sekulêre regsbeskouing verteenwoordig nie,[28] word ook veral duidelik uit 'n vergelyking tussen Suarez en De Groot. Juis na sodanige vergelyking kom Edwards[29] tot die gevolgtrekking dat dié uitspraak nie slegs 'n hipotetiese argument was wat ten doel gehad het "a rejection of 'pure' voluntarism, but ... that it was also a rejection of what we might call 'extreme rationalism' in favor of a 'median position elaborated by Thomas Aquinas and later, in the sixteenth century, by Francisco Suarez."

Dit is ook Suarez en Vitoria wat voor De Groot volkeregtelike vraagstukke (en dan veral die reg van oorlog) bespreek het – sy dit dan slegs terloops binne die kader van hul moraalteologiese en filosofiese beskouinge[30] – en aan wie De Groot op dié gebied veel verskuldig is.[31]

Maar hierdie invloed moet nie oorskat word nie. Daar moet onthou word dat die Romeinse reg vir De Groot eweveel as die klassieke en teologiese tradisie getuienis van die natuurreg is.[32] Hier is dit veral die Justiniaanse (eerder as die middeleeuse) Romeinse reg waaruit hy put[33] en juis dié gebruik van die Romeinse reg word deur talle gesien as een van die heel belangrikste aspekte van De Groot se bydrae tot die volkereg.[34] Hier is sy onderskeid tussen oorspronklike en

24 Thieme 235-236.
25 *Prolegomena* II.
26 *De legibus ac Deo legislatore* (1612) 263.
27 De Groot het besondere waarde geheg aan Suarez soos blyk uit 'n brief aan J Cordesius van 15 Oktober 1633 waar hy Suarez beskryf as *homo in Philosophia tantae subtilitatis, ut vix quenquam habeat parem* (*Epistulae* (1687) 118 – aangehaal volgens Del Vecchio 67 n 19).
28 Immers die uitdrukking *locum aliquem haberet* is reeds 'n belangrike vingerwysing dat hier geen suiwer rasionalistiese natuurreg verkondig word nie. Anders Van Eikema Hommes 73 ev.
29 54 ev.
30 Van Eikema Hommes 71.
31 Vgl in dié verband in die algemeen Walker *A history of the law of nations* (1899) 330 ev; Scott *The Spanish origin of international law part I: Francisco de Vitoria and his law of nations* (1934) 287-288; Fortuin 110 n 2.
32 Wieacker 290.
33 *Ibid.*
34 Pound "Philosophical theory and international law" *Bibliotheca Visseriana* I (1923) 76-77.

afgeleide wyses van eiendomsverkryging ooreenkomstig die Romeinse reg[35] 'n goeie voorbeeld, waar hy klem plaas op *occupatio* as oorspronklike wyse van eiendomsverkryging[36] teenoor die heersende Spaans-Portugese opvatting wat veral op die privilegie-gedagte ingestel was.[37]

## 3 DIE BEÏNVLOEDING TEN OPSIGTE VAN DE GROOT SE PRIVAATREGTELIKE BESKOUINGS

Deur bemiddeling van Pufendorf, Wolf en Thomasius het De Groot 'n geweldige invloed op die Europese kodifikasies uitgeoefen.[38] Sy denkbeelde ten aansien van die natuurlike privaatreg is egter ook in die *Inleidinge* waar te neem, en so is hierdie denkbeelde ook van belang vir Suid-Afrika.

Net soos in die geval van die natuurreg en die volkereg is die invloed van die laat-Skolastici op De Groot se natuurlike privaatreg duidelik waarneembaar. Thieme[39] het aangetoon dat die tradisionele beskouing dat die laat-Skolastici slegs die algemene beginsels van die huwelik, eiendom en verbintenisse as natuurreg beskou het (en die beginsels ten aansien van hierdie onderwerpe nie in detail uitgewerk het nie) 'n wanopvatting is en dat daar 'n rykdom van stof was waaruit De Groot kon put.[40] Sedertdien het daar 'n aantal werke verskyn waarin hierdie antesedente vir sy privaatregbeskouings nadere aandag gekry het. In dié verband kan die arbeid van Diesselhorst,[41] Otte[42] en Feenstra,[43] asook die verdere ondersoek van Thieme[44] genoem word. Van besondere belang

35 *De iure belli ac pacis* 2 3.
36 2 3 18 ev.
37 Wieacker 292.
38 Wieacker 290.
39 237 ev.
40 Krause het reeds met sy Göttingen-proefskrif (1949-gepubliseer in 1982) *Naturrechtler des sechzehnten Jahrhunderts. Ihre Bedeutung für die Entwicklung eines natürlichen Privatrechts* ingegaan op die betekenis van die Spaanse skool vir die ontwikkeling van 'n natuurlike privaatreg (en ook op die invloed van dié skool op De Groot) maar dié studie het beperk gebly tot die algemene en nagelaat om, soos Thieme 234 dit stel "die juridies-praktiese sy van die laat-Skolastiek genoegsaam te ondersoek."
41 Vgl n 15.
42 *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria* Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte 7 (1964).
43 "De betekenis van De Groot en Huber voor de ontwikkeling van een algemene actie uit ongerechtvaardige verrijking" *Uit het recht: rechtgeleerde opstellen aangeboden aan mr P J Verdam* (1971) 137-159; sy hierbo-aangehaalde artikel *De oorsprong van Hugo De Groot's leer over de dwaling* en "L'influence de la scholastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques experiences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause" *Fata Iuris Romani* (1974) 338-363.
44 "Der Beitrag des Naturrechts zum positiven Recht" *Deutsche Landesreferate zum VII. internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, Sonderveröffentlichung von Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (1967) 81-86. Feenstra *De betekenis van De Groot en Huber* 154 n 44 noem ook Thieme se "L'apport du droit naturel au droit positif" *Rapports généraux au VIIe congress international de droit compare, Uppsala 6-13 août 1966* (1968) 74-81 en wys daarop dat dit nie 'n letterlike vertaling van die vorige bydrae is nie. In die pasgenoemde noot wys Feenstra ook op 'n werk van Nufer *Über die Restitionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit* Proefskrif Freiburg im Breisgau (1969). Vir verdere literatuur in verband met die beïnvloeding van De Groot deur hierdie skrywers vergelyk Wieacker 284 n 14 wat ook verskeie moderne Spaanse werke aanhaal.

vir die Suid-Afrikaanse reg is dat hy nie alleen in sy werk oor die volkereg nie, maar ook in sy opinies na hierdie skrywers verwys. So word byvoorbeeld in 'n opinie van 21 Januarie 1631[45] verwys na Covarruvias, Gregor van Valentia, Navarrus, Molina, Medina en Toletus. Uit hierdie oogpunt is dit ook belangrik dat De Groot in die tydperk waartydens hy die *Inleidinge* geskryf het, *De Iustitia et de Iure* van Soto by hom in Loevenstein gehad het.[46]

Met enkele voorbeelde uit die hierbo-aangehaalde literatuur kan 'n beeld verkry word van die omvang van hierdie beïnvloeding van De Groot. Diesselhorst se belangrikste gevolgtrekking is byvoorbeeld dat De Groot se leer ten opsigte van *promissio* die middeleeuse kontraksbeskouing deurbreek het en dat hy dit vermag het "durch die akzentuierende und zugleich verallgemeinerende Aufnahme der spätmittelalterlichen Tradition zum Schenkungsversprechen"[47] en as vernaamste gesag vir De Groot in hierdie verband dui hy Molina en Lessius aan.[48] Feenstra het aangetoon dat De Groot se leer oor dwaling soos uiteengesit in *De Iure Belli ac Pacis* 2 2 6 volledig op die moraalteoloë teruggaan en dat Lessius (selfs in 'n nog sterker mate as wat Diesselhorst[49] beweer[50]) asook Navarrus waarskynlik die belangrikste bronne was. Interessant is dat De Groot wel, naas sekere ander skrywers, Covarruvias en Medina aanhaal, maar juis nie vir Lessius nie.[51] Feenstra verklaar dat De Groot ook op ander plekke Lessius nie aanhaal nie "waar hij Lessius evenzo op de voet volgt als hier."[52]

Die ander invloede op De Groot is egter ook ewe sterk in sy natuurlike privaatreg te bespeur. Grotius behandel byvoorbeeld in *De Iure Belli ac Pacis* 2 2 1 eiendom na aanleiding van die oorsake van oorlog:[53]

> "Sequitur inter belli causas iniuria facta, et primum adversus id quod nostrum est."

Wieacker[54] wys daarop dat dit aan die oud-Romeinse uitleg van *iustum bellum* as *vindicatio* ontleen is, en slegs uit hierdie oorspronklike samehang is talle van die leerstellinge van De Groot wat in latere wetgewing oorgeneem is, te verstaan.[55]

Maar die verskillende invloede was nie slegs vir De Groot se beskouing van die natuurlike privaatreg van belang nie maar ook vir sy positiefregtelike be-

45 *Hollandse Consultatien* 3 303. Vergelyk ook Thieme 264 n 54.
46 Wellschmied "Zur Inleidinge tot de Hollandse rechts-geleerdheid des Hugo Grotius" 1952 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 410; Thieme 264 n 53.
47 144.
48 Hy behandel ook verskeie onderwerpe soos dwaling, *dolus*, aanname, ens wat in verband met sy sentrale tema staan en wys steeds op die verband tussen De Groot en die laat-Skolastici. (Die werk het egter sekere gebreke. Vergelyk Van Oven se bespreking van Diesselhorst se boek in 1961 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* en Feenstra *Oorsprong* 89 ev.)
49 89 ev.
50 Vgl Diesselhorst 96-97 en hieroor Feenstra *Oorsprong* 97.
51 Feenstra *Oorpsorng* 93-94; Diesselhorst 97. Feenstra wys daarop dat De Groot waarskynlik ook die verwysings self by Lessius oorgeneem het.
52 94.
53 Wieacker 291.
54 *ibid.*
55 *ibid.*

skouings. So wys Feenstra[56] daarop dat die voorbeeld wat De Groot in die volgende aanhaling gebruik, waarskynlik deur die Spaanse natuurregtelike skrywers geïnspireer is. In die *Inleidinge* 3 1 15 verneem ons:

> "Onevenheid die een ander baet ofte baten zoude (te weten buite toezegging) verbind den gebatede tot vergeldinghe, zonder aenzien hoe hy aan de baet ghekomen is, ende dit niet alleen ten aenzien van enckele, maer oock van gheslachtelicke zaken, *ghelijck of iemand ware gevoed met eens anders spijs* want die is nae't aenghebooren recht schuldig vergoedinghe, dat is evening te doen."[57]

Hierdie voorbeeld kom reeds by Cajetanus en Covarruvias[58] voor. Aangesien hierdie voorbeeld een van die twee is[59] wat nie binne die grense van die Romeinse kondiksiereg val nie, kan dit gesien word as deel van die getuienis dat De Groot inderdaad die eerste was om 'n algemene verrykingsaksie te verkondig. Die invloed van hierdie skrywers is dus ook direk met die *Inleidinge* in verband te bring en hul invloed kry dan so ook betekenis vir die Suid-Afrikaanse reg.

'n Algemene blik op De Groot se bronne spesifiek met betrekking tot die *Inleidinge* bring ook interessante insigte:

Alhoewel die sistematiek van die *Inleidinge* 'n sekere ooreenkoms met die sistematiek van die Justiniaanse Institute toon, is dit hoegenaamd nie identies daarmee nie,[60] die mees treffende voorbeeld synde die verbintenisregtelike sisteem daarvan. In die brief waarin hy die *Inleidinge* aan sy kinders opdra,[61] verklaar De Groot ten aansien van dié werk:

> "Ik heb in't instellen zorgvuldig geweest, om alles te vervatten in eene bekwame ordre, die ik hoop getroffen te hebben, immers wel zoo goed, als in de latijnsche Justiniaansche *Institutiones* word bevonden. Ik heb ook naauw gelet om ... alle verdeelingen op malkanderen wel te doen vervolgen, 't welk gy kortelijk zult konnen zien by de vijf ingevoegde Tafeln."

Hierdie vyf tabelle waarin die inhoud van die werk sistematies uiteengesit word, is 'n belangrike sleutel tot De Groot se metode in die *Inleidinge*. Na 'n opmerking van Meijers[62] dat "het gansche boek van Hugo de Groot opgebouwd [is] op de zoogenaamde Ramistische Metode" het Wellschmied[63] die invloed van dié metode op De Groot nagegaan en ook tot die gevolgtrekking gekom dat 'n sterk invloed in dié verband op De Groot uitgeoefen is. Die grondlegger van

56 *De betekenis van De Groot en Huber* 138.

57 De Groot se sisteem van verbintenisse is, soos bekend, onafhanklik van die Romeinsregtelike sisteem. Verbintenisse ontstaan òf uit "toezegging" òf uit "onevenheid." Een van die verbintenisse uit "onevenheid" is dan "baet-trecking" (verryking).

58 Feenstra *De betekenis van De Groot en Huber* 149 n 7 wys daarop dat die voorbeeld juis voorkom in Caietanus se kommentaar op die *Summa* van Thomas Aquinas 2 2 62 6 – 'n teks wat De Groot in *De iure belli ac pacis* 2 10 2 1 "als kroongetuige aanhaalt voor het bestaan van een algemene verbintenis uit baettrecking."

59 Die ander volg direk daarna (en is deur De Groot ingevoeg in sy eie eksemplaar wat te Lund bewaar word): vergelyk die *Inleidinge*-uitgawe van Dovring, Fischer en Meijers (1952).

60 Vgl in die algemeen Wellschmied se artikel aangehaal in n 46.

61 oa afgedruk in die Fockema-Andreae/Van Apeldoorn-uitgawe van die *Inleidinge* (1939).

62 1938 *THRHR* 52.

63 391 ev.

hierdie metode is Pierre de la Ramée (Petrus Ramus 1515-1572) en met dié metode beweeg hy volledig weg van die metode van die middeleeuse Aristoteliaans-skolastiese dialektiek in 'n tydperk waarin die ganse wetenskap deur laasgenoemde metode beheers is.[64]

In die dialektiek van Ramus[65] staan die kuns om die natuurlike vermoë tot denke te gebruik, sentraal. Die dialektiek is vir hom prakties georiënteerd: dit is die *ars bene disserendi*. Dié "kuns van uiteensetting" behels sowel *inventio* as *judicium*. Deur *inventio* word die beginsels opgestel waardeur die *argumenta* (gesigspunte) wat in die menslike gees te vinde is, gesoek word. Die *judicium* ten opsigte van die *argumenta* geskied met behulp van die verstand en die vorme daarvan is sillogismes en 'n metode wat begin met 'n *definitio*, waarby aansluit die *distributio* wat deur *partitio* en *divisio* (wat soveel moontlik slegs uit twee dele bestaan het) van die algemene na die besondere beweeg, met geordende sintese as uiteindelike doel.[66]

Wellschmied[67] argumenteer dat De Groot nie alleen deur Althusius (as een van die eerstes wat die Ramisme in die regswetenskap toegepas het[68]) tot die Ramistiese metode gebring kon gewees het nie, maar ook deur die feit van sy verbintenis met die Arminiane, aangesien die Ramisme veral deur die invloed van Arminius ingang in die Nederlande gevind het.

Welke inhoudelike bronne De Groot tot sy beskikking gehad het by die skryf van die *Inleidinge* blyk uit sy briewe en sekere ander getuienis.[69] Die be-

64 Stintzing *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* I (1880-herdruk 1957) 146; Wellschmied 392; Wieacker 286. Die aard van die strydvraag tussen die Ramistiese en middeleeuse dialektiek word so deur Stintzing geformuleer: "Ob überhaupt die Autorität eines Systems von Schulregeln die Arbeit des Denkens beherrschen solle, oder ob es dem Geiste gestattet sei sich nach den ihm von der Natur gegeben Gesetzen und nur diesen folgend frei zu bewegen." Wellschmied tipeer Ramus as "der Philosoph des Humanismus ... insbesondere als der Vorläufer von Descartes."

65 Vgl ten aansien van die volgende Wellschmied 393 en Stintzing 145 veral 146-147.

66 Ten aansien van die middeleeuse dialektiek vergelyk in die algemeen Otte *Dialektik und Jurisprudenz* 73 ev.

67 394.

68 Wellschmied 392. Ten aansien van die invloed van Ramus op Althusius, vergelyk Wieacker 287.

69 By die veroordeling van De Groot tot lewenslange gevangenisstraf is sy goedere ook gekonfiskeer. Die taksasielys van sy boeke het behoue gebly en bo nommers 305-307 verskyn die volgende: "Volgen de boeken die de huysvrouwe van de voors de Groot ... sijn laten volgen om opt Huys Louvesteijn te mogen gebruycken." Benewens die reeds hierbo genoemde werk van Soto (vergelyk n 46 hierbo) sluit die lys sekere Plakate, Keure en handveste in, asook onder andere Merula *Manier van procederen* (1592), Wielant *Practycke civile* (1558), Peckius *Commentaria* en *Tractatus de testamentis conjugum* (1585), Wesenbecius *Partatila* (1565), Neostadius *De pactis antenuptialibus* (1594) en die *Corpus Iuris*. Vergelyk Mollhuijsen "De bibliotheek van Hugo de Groot in 1618" *Mededelingen der Nederlandse Akademie van Wetenschappen Afd Letterkunde*. Nieuwe Reeks (1943) 7, no 3; Wellschmied 410; Wellschmied "Zur Entstehung und Bedeutung der Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid van Hugo Grotius" 1952 *ZSS* 157 n 3 (161 ev) maak na 'n ondersoek van die briefwisseling tussen De Groot en sy broer Willem die afleiding dat dit tydens die publikasieproses substansieel verander is en teen bronne wat nie tot sy beskikking was nie, nagegaan is. Fruin "Hugo de Groot's Inleiding" *Verspreide Geschriften* vol 8 (1903) 19 het egter die standpunt gehandhaaf dat daar tydens die publikasieproses weinig verander is. Dit moet onseker bly (Vgl Fischer Boekbespreking: Wellschmied *Hugo Grotius' Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid und das Recht seiner Zeit* Proefskrif Göttingen (1950) 1952 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 489).

lang van 'n ondersoek van hierdie aard is, uit regshistoriese perspektief, nie alleen belangrik om die ontwikkelingslyn van die gemenereg akkuraat tot by die fokuspunt van die *Inleidinge* te bring nie, maar ook om De Groot se verhouding tot die Romeinse en inheemse reg te bepaal. Dit is natuurlik so dat die relatiewe belang wat ook De Groot aan die Romeinse reg heg, bepaal word deur die mate van resepsie van laasgenoemde, maar omdat die mate van resepsie nie altyd seker was nie, is die regskeppende werking van De Groot (en die ander juriste van dié tyd) in hierdie verband nie te ontken nie.[70]

In hierdie kroniek red hy deur sy gesag dit wat hy uit die inheemse reg neem deur dit vas te lê, terwyl sy beskouing van wat uit die Romeinse reg resipieer is, 'n bepalende invloed het, gesien sy gesag by die skrywers ná hom.[71] Tog moet die inheems-Germaansregtelike inhoud van die *Inleidinge* nie oorskat word nie – dit is nie hoofsaaklik op die inheemse reg gebaseer nie, maar "ein typisches Werk aus dem Zeitalter des rezipierten römischen Rechts und Naturrechts."[72] Ook die natuurreg in die *Inleidinge* moet in die korrekte perspektief gesien word. Alhoewel daar sekerlik elemente is wat uit natuurregsgedagtes geput is, wys Fischer[73] tereg daarop dat die belangrikste funksie van die natuurreg in die *Inleidinge* die teoretiese fundering van die positiewe reg is en dat De Groot altyd die positiewe reg voorrang gegee het, en slegs waar die positiewe reg geswyg het, uit die natuurreg – en dan in noue aansluiting by die positiewe reg – geput het.[74] Hoe dit ook al sy, De Groot het uit stadregte, landregte, *keuren, plaeckaten* en *ordonnantiën* enersyds, en uit die *Corpus Iuris*, die middeleeuse kommentators daarvan en latere gemeneregtelike skrywers andersyds, geput. Die bronne wat hy benut het, was reeds die onderwerp van verskillende studies en dit is nie nodig om hier verder daarop in te gaan nie.[75]

Die bestudering van De Groot se bronne is egter nie slegs van belang uit regshistoriese perspektief nie, maar kan van direkte belang wees vir die interpretasie van die *Inleidinge* en dus vir die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg. Dié kan met 'n voorbeeld toegelig word:

In die Justiniaanse Romeinse reg was 'n onverskuldigde betaling wat *errore iuris* gemaak is, nie terugvorderbaar nie.[76] In die ontwikkeling van die Europese reg vanaf die 12e eeu is egter verskillende menings in dié verband ingeneem – in sommige tydperke is die bogenoemde reël gehandhaaf, in ander nie. In *Inleidinge* 3 30 5 stel De Groot die basiese beginsel van die *condictio indebiti*,

70 Van Apeldoorn in Fockema-Andreae/Van Apeldoorn *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* II 3e uitg (1926) 13.

71 Wellschmied 427. Vgl byvoorbeeld *Inl* 3 1 51£52 en daartoe Fockema-Andreae/Van Apeldoorn 249.

72 Fischer 486 asook Meijers 51 ev. Vgl verder Van Apeldoorn 13-14 en Pont "Die 'Inleydinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheyd' van Hugo de Groot" 1945 *THRHR* 197.

73 490; vgl ook Pont 194.

74 Vgl ten aansien van die natuurreg in die *Inleidinge* veral Wellschmied 415 ev.

75 Vgl Fockema-Andreae/Van Apeldoorn; Lee *The Jurisprudence of Holland by Hugo Grotius* II (1936); Wellschmied 395 ev. Uit verskillende briewe blyk welke bronne hy die mees gesaghebbende beskou, terwyl sy opinies soos vervat in die *Hollandse Consultatien* ook insigte in dié verband bied. Vgl Pont 199-200.

76 Vgl byvoorbeeld *C* 1 18 10 en Kaser *Das Römische Privatrecht* II (1971-1975) 422 n 13.

naamlik "wedereissching van 'tgunt iemand onwetende als schuld helft betaelt niet schuldig zijnde" en vervolg dan in 3 30 6 só:

> "Onwetende. Want dede hy zulcks wetende, zoo zoude sijn daed voor schenkinge werden gehouden: maer wie dwaelt ofte twijffelt, werd gehouden voor onwetende: alwaer't oock dat hy dwaelde ofte twijffelde aen't recht: ten waer einige rechtmatige reden tot de betalinge hadde gedient."

In beginsel skaar De Groot hom aan die kant van diegene wat die *condictio indebiti* wel in geval van regsdwaling wil toelaat, maar met 'n voorbehoud. Die vraag is net welke betekenis aan die begrip "eenige rechtmatige reden tot de betalinge" geheg moet word. Aangesien dit by die *condictio indebiti* juis om 'n onverskuldigde betaling handel, dit wil sê 'n geval waar daar geen regmatige rede vir die betaling was nie, is dié kwalifikasie van De Groot alles behalwe duidelik.

As die middeleeuse ontwikkeling in ag geneem word, kan dit egter verklaar word. In die Romeinse reg was *obligationes naturales* (volgens die heersende mening[77]) streng gesproke regtens geen verbintenisse nie (en dus prosesregtelik nie afdwingbaar nie) alhoewel hulle tog enkele regsgevolge gehad het – onder andere dat waar ingevolge so 'n verbintenis presteer is, dit nie met die *condictio indebiti* teruggevorder kon word nie.[78] By die Glossatore heers daar egter 'n geheel ander beskouing. In die Glosse het 'n *obligatio naturalis* al die gevolge van 'n volkome verbintenis, behalwe dat dit nie deur 'n aksie ondersteun word nie.[79] Die verskil tussen 'n *obligatio civilis* en 'n *obligatio naturalis* by die Glossatore kom ongeveer ooreen met die begrippe wat in die moderne Duitse reg met die begrippe "Schuld" en "Haftung" aangedui word: die *obligatio naturalis* beliggaam die eintlike verbintenis en die bykoms van die *obligatio civilis* skep die moontlikheid om die verbintenis regtens af te dwing.

In die verbintenisregtelike sisteem van die Glossatore staan die *obligatio naturalis* sentraal. By verbintenisse word naamlik onderskei tussen 'n *obligatio civilis tantum,* 'n *obligatio naturalis tantum* en 'n *obligatio civilis et naturalis.*[80] By laasgenoemde verbintenis vorm die *obligatio naturalis* en die *obligatio civilis* geen eenheid nie, maar staan naas mekaar, en vorm so 'n dubbele regsband waarvan die *obligatio naturalis* die belangrikste bestanddeel is.[81] Na aanleiding van dié drieledige indeling van verbintenisse word ook tussen drie verskillende tipes *indebitum* onderskei:

> "Distingue triplex indebitum. 1. Primo naturaliter et civiliter ... 2. Secundo quando est naturaliter indebitum, sed debitum civiliter ... 3. Tertio modo est indebitum civiliter, sed naturaliter debitum."[82]

77 Vir literatuur in dié verband vgl Kaser I 335 n 22.

78 Jörs-Kunkel-Wenger *Römisches Recht* 3e uitg (1949) 167; Kaser I 480-481.

79 Scholtens *Natuurlijke Verbintenis* 55 met verwysing na die glos *Naturali* tot *D* 20 1 5, die glos *Naturalis* tot *D* 20 1 14 en die glos *Posse* tot *D* 46 1 7. Die verbintenisse wat in die Middeleeue as *obligationes naturales* geklassifiseer word, verskil van dié wat in die Romeinse reg as sodanig beskou is. Vir huidige doeleindes is dit egter nie nodig om daarop in te gaan nie.

80 Vergelyk byvoorbeeld die glos *Obligatio* tot *I* 3 13 pr; die glos *Nunc videndum* tot *D* 12 6 1; glos *Is natura* tot D 50 17 84 1; Scholtens 21 ev.

81 Scholtens 55 met verwysing na die glos *Ipso iure* tot *D* 2 14 27 2.

82 Glos *Nunc videndum* tot *D* 12 6 1. In die glos *Cum quis* tot *C* 1 18 10 word ook nog 'n vierde

Die terugvorderbaarheid van 'n onverskuldigde betaling *errore iuris* word dan afhanklik gestel van die besondere tipe *indebitum*: Waar iets *indebitum naturaliter et civiliter* of *indebitum naturaliter, sed debitum civiliter* is, word 'n terugvordering toegelaat ongeag die feit of 'n regsdwaling of 'n feitedwaling tot die betaling aanleiding gegee het, maar waar iets *indebitum civiliter, sed debitum naturaliter* is, word 'n terugvordering slegs toegelaat indien die betaling ingevolge 'n verskoonbare feitedwaling plaasgevind het, maar nie waar dit in regsdwaling of as gevolg van 'n onverskoonbare feitedwaling geskied het nie.[83] Die toepassing van die verbod teen die terugvordering van 'n onverskuldigde betaling wat *errore iuris* geskied het *slegs* in die geval waar aan 'n *naturalis obligatio* voldoen is, word deur sommige skrywers ná die Glossatore nie gevolg nie, maar dit kan sonder twyfel as die heersende middeleeuse standpunt beskou word.[84]

Die middeleeuse interpretasie van die verbod op terugvordering van 'n betaling wat *errore iuris* geskied het, sou ook onder sommige Nederlandse skrywers van die 16e en 17e eeu inslag vind, maar ander sou steeds die standpunt van die Romeinse reg handhaaf, naamlik dat geen terugvordering van 'n *indebitum solutum* in geval van 'n regsdwaling moontlik is nie. So staan Vinnius[85] byvoorbeeld geheel in die middeleeuse tradisie terwyl Voet[86] die posisie in die Romeinse reg ook vir die reg van sy tyd voorstaan: met ander woorde hy laat geen terugvordering toe in geval van regsdwaling nie en 'n *naturalis obligatio* speel geen rol ten opsigte van die probleem van regs- en feitedwaling nie.

De Groot verklaar duidelik dat ook in geval van 'n regsdwaling teruggevorder kan word, maar in *Inleidinge* 3 30 9 verklaar hy:

> "Wanneer iemand iet betaelt 't welk den anderen toebehoorde uit het aengebooren recht [natuurreg], zoo moet ingezien werden, of de burgherlicke wet zodanighen schuld t'eenemael vernietigt, in welcken ghevalle de weder-eissching plaets heeft. Indien het burgherlicke recht de schuld niet t'eenemael en vernietigt, maer alleen de schuld niet en sterckt, ofte eeuwig verzet daer jegens verleent, zoo moet wederom inghezien werden of de wet zulcks doet uit haet van den schuld-eisscher, in welcken ghevalle de wedereissching gheen plaets en heeft, ofte dat de wet zulcks doet in gunste van den schuldenaer, in welcken ghevalle hy tot weder-eissching is gerechtigt."

tipe *indebitum* toegevoeg, naamlik *utroque iure debitum, sed ope exceptionis indebitum*. Vanweë die feit dat hierdie tipe *indebitum* nie juis 'n rol in ons gemenereg gespeel het nie, word dit vir huidige doeleindes buite rekening gelaat.

83 Glos *Nunc videndum* tot *D* 12 61; glos *Cum quis* tot *C* 1 18 10. Daar is wel in dié verband 'n sekere meningsverskil onder die Glossatore, maar die posisie soos uiteengesit in die glosse is die algemene.

84 Vergelyk byvoorbeeld Bartolus *ad D* 12 6 1 (*Opera Omnia* II, [ed Venetiis 1596] fol 45$^{ro}$-45$^{vo}$); Baldus *ad D* 12 61 (*In secundam digesti veteris partem commentaria* [ed Venetiis 1586] fol 62$^{vo}$) en idem *ad C* 1 18 10 (*In primum, secundum et tertium codicis libris commentaria* [ed Venetiis 1586] fol 76$^{ro}$). Angelus de Ubaldis *ad D* 12 6 1 (*In I atque II digesti veteris partem commentaria* [ed Venetiis 1580] fol 35$^{vo}$) Salycetus *ad D* 12 6 1 (*In secundam digesti veteris paten commentaria* [ed Venetiis 1586] fol 36$^{ro}$-36$^{vo}$); Iason de Mayno *ad D* 12 6 1 (*In secundam digesti veteris partem commentaria* [ed Venetiis 1598] fol 134$^{ro}$-134$^{vo}$).

85 *Ad I* 3 28(27) 6. Die skrywers wat wel die middeleeuse oplossing aanvaar, stem nie noodwendig in alle opsigte met die middeleeuse posisie ooreen nie. Vir huidige doeleindes is dit egter nie nodig om op verdere detail in te gaan nie.

86 12 6 6 en 12 6 7.

De Groot behandel hier die omstandighede waarin 'n betaling ingevolge *naturalis obligatio* teruggevorder kan word. Volgens hom kan so 'n betaling teruggevorder word afhangend van die besondere aard van die *naturalis obligatio*.[87] Die vraag is of in dié gevalle waar 'n betaling ingevolge 'n *naturalis obligatio* wel teruggevorder kan word dit ook in geval van 'n regsdwaling teruggevorder kan word. As die middeleeuse posisie in gedagte gehou word, skyn De Groot se kwalifikasie in *Inleidinge* 3 30 6 "ten waer eenige rechtmatige reden tot de betalinge hadde gedient" op 'n *naturalis obligatio* te slaan. So gesien, bepaal *Inleidinge* 3 30 6 en 3 30 9 tesame eintlik slegs die volgende: in sekere gevalle kan 'n onverskuldigde betaling wat ingevolge 'n *naturalis obligatio* gemaak is, teruggevorder word. Maar *as* so 'n onverskuldigde betaling teruggevorder kan word, kan dit nogtans nie in geval van 'n regsdwaling geskied nie.

Inderdaad was Vinnius[88] van mening dat dit die bedoeling van De Groot was. Hy handhaaf die standpunt dat 'n regsdwaling nie benadelend is waar 'n onverskuldigde betaling gemaak is nie, maar gee 'n lys van gevalle waar tog nie in geval van regsdwaling teruggevorder kan word nie. Dié voorbeelde kwalifiseer hy egter dadelik só:

> Non equidem ideo quod hic solus error iuris mihi noceat, sed quod simul simul intercedens naturalis oligatio ... justam facit retentionem et hoc puto significare Grotium lib. 3 introd. ad jurisp. Bat. C. 30 [sc. *Inleidinge* 3 30 (6)] *his verbis*, Ten waer eenige rechtmatige reden tot de betalinge hadde ghedient.

In dié verband is dit ook interessant om daarop te let dat die Spaanse natuurregskrywers hulle oor die algemeen nie oor dié "tegniese punt" van regsdwaling by die *condictio indebiti* uitlaat nie, maar dat dié wat dit wel doen – soos Covarruvias[89] – die middeleeuse leer verkondig dat daar tog 'n onderskeid tussen regs- en feitedwaling by die terugvordering van 'n betaling ingevolge 'n *naturalis obligatio* gemaak word.

Uit bostaande blyk dit hoe die bestudering van die bronne waarmee De Groot waarskynlik gewerk het ook praktiese waarde het by die bestudering van sy werk.

## 4 DE GROOT AS VERNUWER

Die bestudering van die bronne waaruit De Groot geput het en die vasstelling dat hy soveel van sy idees aan sy voorgangers te danke het, kan uiteraard die vermoede laat ontstaan dat hy as juris slegs 'n kompilator was en as filosoof nie bo eklektisisme uitgestyg het nie.

Inderdaad het Kohler dan ook aan die begin van hierdie eeu verklaar dat die "sogenannte Naturrecht" van De Groot niks meer is as "der blosse Ab-

87 Dié onderskeid van De Groot kom neer op die onderskeid tussen 'n *obligatio naturalis efficax* en 'n *naturalis obligatio inefficax* wat ook deur ander Romeins-Hollandse skrywers gemaak word.

88 Vergelyk byvoorbeeld Vinnius *ad I* 3 28(27) 6 en Scholtens 179.

89 *Opera Omnia* II 291 (§10).

klatsch derjenigen Ideen welche die Scholastiker in stürmischen Kämpfe der Geister geschaffen haben.''[90] Maar dit was 'n te heftige en onoorwoë reaksie op die ontdekking dat die historiese beeld van De Groot onjuis was as gevolg van 'n onderskatting van die verdienste van die Spaanse skool.[91]

Die studies van die afgelope paar dekades het weliswaar bevestig dat De Groot baie aan sy laat-Skolastiese voorgangers verskuldig was, maar uit sodanige detail-studies blyk juis ook dat hy nie slegs hierdie skrywers napraat nie. Die ryk verskeidenheid van bronne waaruit hy aanhaal, is nie slegs 'n verbloeming van die feit dat hy 'n Suarez of 'n Lessius se gedagtes oorneem nie – inteendeel – dit is 'n eerste vingerwysing na die feit dat hy nie die idees van één gedagterigting oorgeneem het nie, maar dat die gehele geestestradisie hom ten dienste staan. Uit hierdie studies blyk egter ook dat De Groot nie slegs kompileer nie maar dat die produk wat hy lewer telkens iets meer is as die somtotaal van die bronne waaruit hy put.

''Oorspronklikheid'' is 'n relatiewe begrip en na aanleiding van wat mens onder die begrip wil tuisbring, sal 'n besondere bydrae as nuut al dan nie aangemerk kan word. Daar is egter veel waarheid in Fortuin[92] se opmerking dat as mens 'n oorspronklikheid verwag ''zoals die van een spin, welke haar web weeft uit haar eigen ingewand'' geen groot man in die geskiedenis as oorspronklik aangemerk sou kon word nie.

In vele opsigte is De Groot dan ook nie oorspronklik nie. Wat die natuurreg betref, is hy nie in tradisionele sin die grondlegger daarvan nie. Tog wil Wieacker[93] hom in 'n ander sin tot vader van die moderne natuurreg maak: vanuit sy persoonlike wêreldbeskouing het hy op 'n tydstip waarin (ná die verbreking van die gemeenskaplike Europese tradisie) om 'n nuwe orde geroep is, die weg vir 'n nuwe natuurreg voorberei omdat deur hom ''altbekannte Lehrsätze, Bibel und Moral, theologische Kasuistik, humanistische Exempla und die Sätze des römischen Rechts insgesamt in einen neuen zukunftsträchtigen Zusammenhang [traten].'' In sy volkeregtelike arbeid ontleen hy veel aan sy voorgangers maar bring veral deur sy kennis van die Romeinse reg nuwe gesigspunte. Ten aansien van die (positiewe) privaatreg bring hy 'n vars benadering deur die eksegetiese metode te laat vaar; uit die geheel van die geldende Hollandse reg verenig hy Romanistiese en Germaanse elemente in 'n samehangende geheel, alhoewel hy ook die moed het om verby die tradisionele te beweeg.

90 *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* 3 (1909). Thieme 230 verklaar ten aansien van 'n soortgelyke stelling van Kohler: ''Wir vermögen uns heute kaum noch vorzustellen wie revolutionär dieser Aufsatz zu seiner Zeit geklungen hat. War doch jedenfalls seit der Aufklärung in den protestantischen Ländern und darüber hinaus die Scholastik und alles, was damit zusammenhing, geradezu als Schimpf und Schande angesehen worden und als ein Tiefpunkt in der Entwicklung des Menschengeists.'' (Reeds in 1754 het 'n sekere Johann Jacob Schmauss egter volgens Thieme 252 n 5 in sy *Neues Systema des Rechts der Natur* 213 verklaar dat De Groot se natuurreg niks anders as Skolastiese leer is nie. Vergelyk ook Fortuin 117. Wieacker 284 wys ook op 'n soortgelyke houding by Kaltenborn von Stechau *Die Vorläufer des Hugo Grotius* (1848).)

91 16.

92 *Oorsprong* 98-99.

93 395.

'n Objektiewe beskouing van die verhouding van De Groot tot sy bronne bring die insig dat sy vernuwende krag daarin geleë is dat hy telkens "van het vele reeds aanwezige materiaal een synthese vanuit één gezichtspunt"[94] maak. In dié lig is die volgende stelling van Walker[95] geen oordrywing nie:

> "Even as in the valley full of bones, very many and very dry, Ezekiel saw the bones come together, bone to his bone, sinews and flesh come upon them and the skin cover them, and at the word of prophecy they lived and stood upon their feet, an exceeding great army, so we may see in the pages of *De jure belli ac pacis* the labours of jurists and theologians, moralists and political philosophers, poets and historians of every generation and race come together in one consistent entity, and in the voice of Grotius recognise the life summoning call." □

HUGO DE GROOT-ARGIEF

*Die bestuur van die Vereniging Hugo de Groot het besluit om 'n Hugo de Groot-argief, wat by die Universiteit van Pretoria gehuisves sal word, tot stand te bring. Die oogmerk is om dokumente en ander stof wat betrekking het op die* Tydskrif, *die Vereniging Hugo de Groot en die ou skrywers te versamel. Nadere besonderhede kan van* Prof SR van Jaarsveld *van die Universiteit van Pretoria bekom word.*

94 300.
95 334.

# Die regsfilosofie van Hugo de Groot

JD van der Vyver
*B Comm Hons BA LLD*
*Professor in die Regte en Voorsitter van die Beheerraad van die Skool van Regsgeleerdheid, Universiteit van die Witwatersrand*

**SUMMARY**
**The Legal Philosophy of Hugo Grotius**

Hugo Grotius may be seen as father of the modern humanistic doctrine of natural law. At the same time his legal philosophy represents the transition from mediaeval synthesis philosophy to modern humanistic thinking.

Modern (post-mediaeval) trends in his legal theory include:

- *anti-synthesis*, which in the case of Grotius amounts to the total secularisation of natural law ("there would be natural law even if one were to assume that there was no God");
- *subjectivism*, which appears from his supposition that the norms of natural law are not to be derived from nature in general but stem from the particular nature of man as such, to wit (a) the natural inclination of man to associate with his fellow man *(appetitus societatis)*, and (b) man's natural ability to reason;
- *rationalism*, which is evidenced by the methods employed by Grotius for the detection of natural-law principles, to wit (a) the method *a priori* whereby man may, by means of abstract mathematical reasoning and without regard to sensory perception, prove that certain behaviour would be in conformity with the social and reasonable nature of man, and (b) the method *a posteriori* whereby the *communis consensus gentium* may be relied upon, as an indication with a high degree of probability, to confirm the natural-law quality of principles thus generally observed by all peoples; and
- *scientology* (not in the para-religious sense but as introduced into western philosophy by Descartes), which *inter alia* regards only the natural sciences as "science" and which led Grotius to believe that positive law, on account of its variability, cannot be the subject-matter of scientific analysis, and also made it easy for Grotius to subscribe to the Aristotelian concept of *arithmetical* equality as the appropriate criterion for establishing commutative justice (the only egalitarian relationship which according to Grotius belongs to the notion of justice in the strict sense).

Grotius identified along these lines four basic principles of natural law, to wit: (a) the principle of *meum et tuum* (keep your hands off other people's property and give everyone his due); (b) *pacta sunt servanda* (promises are binding); (c) damage caused through fault must be compensated; and (d) punishment for wrong-doing is justified.

Grotius accounts for the existence of the state and state authority on the basis of the theory of the social compact, distinguishing along more or less traditional lines and on the basis of partial universalism with the theme of form and matter, a *pactum unionis* and *pactum subiectionis*. In relation to positive law, natural law performs the function of a juridical "Schranke," constituting the broad outline within which law-creating agencies are at liberty to transform their every wish into law: the legislature can permit everything which natural law does not prohibit, and proscribe all that are not prescribed by natural law. In the final analysis positive law derives its validity from the natural-law imperative: *pactum est servandus.*

Hugo de Groot (1583-1645) is op goeie gronde deur die Franse koning, Hendrik IV, "le miracle de Hollande" ("die wonderwerk van Holland") genoem.[1]. Van Eysinga sê van hom:[2]

> "Als filoloog leest hij letterlijk alle klassiken, neemt hij kennis van alle voor hem bereikbare talen en begrijpt het belang van taalvergelijking. Als historicus tracht hij te kennen de gehele voor hem bereikbare geschiedenis van alle volken, die hij onderling vergelijkt, van de oudste tijden tot zijn heden. Zijn geloof wordt geschraagd door een verbluffende kennis van Oud en Nieuw Testament, van kerkvaders, concilies en latere godsdienstige schrijvers en doet hem het Christendom als waarheid zien tegenover Joden, heidenen, Mohammedanen. Als jurist ziet hij enerzijds de gehele mensheid onderworpen aan één gemeenschappelijk recht, maar trekt tevens zijn belangstelling al dat dikwijls onderling zo uiteenlopende landsrecht, dat daarnaast aan de zelfstandige rechtszetting door de verschillende landen overgelaten is."

Van Eikema Hommes verklaar in dieselfde trant:[3]

> "De Groot was een geniaal geleerde en jurist en heeft zicht in zijn veelbewogen leven niet slechts grote roem verworven op het terrein der rechtswetenschappen, maar ook op dat der filologie, theologie, poëzie en geschiedwetenschappen."

Hoewel die beskrywing van De Groot as "vader van die moderne volkereg" mag neerkom op 'n oorskatting van sy oorspronklikheid,[4] verdien sy besondere bydrae op daardie gebied nietemin besondere vermelding.

As regsfilosoof is De Groot van ewe groot betekenis – Herman Dooyeweerd beskou hom trouens as die grondlegger van die moderne humanistiese natuurregsleer.[5]

Die regsleer van Hugo de Groot vergestalt meer bepaald 'n belangrike skakel tussen die sintesefilosofie van die middeleeuse en voor-middeleeuse tydperk enersyds en die "moderne" denke van die (na-middeleeuse) nuwe tyd andersyds. Hoewel daar naamlik nog spore van skolastiese denke in sy werke deurskemer, staan hy reeds in die tekens van moderne (humanistiese) wysbegeerte.[6] Wat sy verbondenheid aan die verlede betref, moet in besonder melding gemaak word van die invloed op sy denke van die Stoïsynse natuurbeskouing,[7] waarmee hy, as regsgeleerde, onder meer in die Romeinse regsgeskrifte kennis gemaak het;[8] en as "kind van sy tyd" sou 'n mens ter inleiding op die onmiskenbare spore van die Carteaanse scientialisme kon wys.

Hoewel De Groot dus nog enigsins gebonde gebly het aan bepaalde gevestigde opvattinge van destyds, was hy sy tyd genoegsaam vooruit om as oor-

1 Vgl Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1979) 347.
2 *Huigh De Groot: Een Schets* (1945) 19.
3 *Hoofdlijnen van de Geschiedenis der Rechtsfilosofie* (1981) 69.
4 Vgl Starke *An Introduction to International Law* (1972) 9-10.
5 *Encyclopaedie der Rechtswetenschap* (ongepubliseerde diktaat: Vrije Universiteit Amsterdam, vol I) 144; en vgl ook Hommes 73.
6 Mekkes *Proeve eener Critische Beschouwing van de Ontwikkeling der Humanistische Rechtsstaatstheorieën* (1940) 142.
7 Langemeijer *Inleiding tot de Studie van de Wijsbegeerte des Rechts* (1956) 70-71.
8 Vgl De Groot *De Iure Belli ac Pacis* prol 53-55.

gangsfiguur getipeer te word. Sy plek en bydrae as regsfilosoof kan derhalwe alleen in die lig van denkbeelde van 'n voorafgaande era en met 'n vooruitskouing na idees wat gedurende sy leeftyd nog nie tot volle wasdom ontluik het nie, na behore gepeil en begryp word.

In hierdie bydrae val die klem in besonder op De Groot as tussenganger van 'n tradisionele natuurregsteorie en die rederegsidee wat in die 17e en 18e eeu beslag gekry het, en meer bepaald op die fundamentele grondslae wat aan sy regsfilosofie grondliggend is.

## 1 NATUURREG EN REDEREG

Om die natuurregsbegrip in die mees omvattende sin te definieer, is 'n onbegonne taak. Sedert die ontstaan van die natuurregsgedagte, waarvan die eerste spore reeds in die ou Griekse natuurfilosofie van ongeveer 600-400 vC aangewys kan word,[9] het 'n groot verskeidenheid regsteorieë as variante van die natuurregsleer die lig gesien. Paton sê daarom tereg daarvan:[10]

> "The most diverse elements are gathered under the same label."

Indien 'n mens in die breë onderskei tussen tradisionele natuurregsteorieë aan die een kant en hedendaagse natuurregsteorieë aan die ander kant, word dit egter tog moontlik om sekere algemene elemente aan te wys as *essentialia* van die natuurreg soos wat dit (respektiewelik) tradisioneel en kontemporêr voorgehou is of word. Herman Dooyeweerd en sy opvolger en volgeling, Van Eikema Hommes, meen dat dit ook sinvol is om te onderskei tussen natuurreg in die (vóór- 17e eeuse) tradisionele sin en 'n latere (17e en 18e eeuse) variasie van die natuurregsidee wat hulle verkies om "redereg" te noem en wat met Immanuel Kant (1724-1804) 'n hoogtepunt bereik het. De Groot as tussenganger of oorgangsfiguur speel juis in verband met die ontwikkeling van die rederegsidee in die Dooyeweerdiaanse sin 'n belangrike rol.

Die natuurreg in tradisionele sin berus na my mening op vier basiese (formele) veronderstellings:[11]

a daar bestaan 'n stel juridiese norme wat met die regsidee (die reg soos wat dit behoort te wees) ooreenstem en wat op die natuur gebaseer of uit die natuur afgelei kan word en wat daarom "natuurreg" genoem word;
b daardie natuurreg geld *per se*: dit wil sê, dit is nie vir sy gelding afhanklik van vormgewing/positivering deur 'n daartoe kompetente menslike regsvormende orgaan nie;
c daardie reg is onveranderlik en geld universeel: dit wil sê, dit geld onvoorwaardelik, te alle tye, op alle plekke en vir alle mense; en

9 Vgl oor die ontstaan van die natuurregsleer Van der Vyver *Die Beskerming van Menseregte in Suid-Afrika* (1975) 2-3; Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap* (1982) 52-54.

10 *A Text-Book of Jurisprudence* 4e uitg deur Paton en Derham (1972) 99.

11 Vgl Van Zyl en Van der Vyver 50; Van Eikema Hommes *Een Nieuwe Herleving van het Natuurrecht* (1961) 55-57.

d die materiële inhoud van besondere natuurregsnorme kan nie deur (empiriese) sintuiglike waarneming vasgestel word nie maar is redelik (met die verstand) kenbaar.

Die hedendaagse natuurregsbegrip wyk in één belangrike opsig van hierdie tradisionele beskouing af:[12] Die natuurregsleer het die 20ste eeuse relativisme ten prooi geval en gevolglik is afgesien van die idee van universeel geldende natuurregsnorme. Daar word deesdae inteendeel aanvaar dat die inhoud van die natuurreg van plek tot plek kan verskil en van tyd tot tyd kan verander na gelang van dit wat Gustav Radbruch (1878-1949) "die Natur der Sache" genoem het: dit wil sê, met die oog op die natuurlike, sosiale en juridiese omstandighede wat die wetgewer op 'n bepaalde plek en tyd voorhande vind en waaraan hy sy regsvoorskrifte moet onderwerp.[13]

Daarmee word die voetspoor gevolg van byvoorbeeld Joseph Kohler (1849-1919), wat verklaar het:

> "Es gibt kein starres, für alle Zeiten gültiges Recht, kein Naturrecht mit festem Inhalt;"[14]

of van Rudolph Stammler (1856-1938), wat gewag gemaak het van "Naturrecht mit wechselndem Inhalt."[15]

Die onderskeid wat deur Dooyenweerd en Hommes gemaak word tussen natuurreg in die tradisionele sin en redereg het te make met wat hierna as "subjektivering van die natuurregsidee" uitgewys sal word: dit wil sê, fundering van die natuurreg op spesifiek die menslike natuur (teenoor natuur in die breedste sin) en, gepaard daarmee, verankering van die natuurreg in die menslike rede (met *a priori's* toegeruste verstand) sonder om 'n eksterne (buite die mens geleë) bron daarvoor op te eis.

Waar hy dit het oor die deur Kant gepostuleerde *a priori* (uit jouself) kenbare (natuur-) reg –

> "der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann"[16] –

verklaar Dooyeweerd dat Kant daarmee gebreek het met met "het humanistisch natuurrecht" aangesien hy in sy regsbegrip "*iedere brug naar de natuur-zijden der werkelijkheid afbreekt* en het recht uit de *normatief gevatte rede-idee* der *autonome vrijheid* wil deduceren."[17] Hommes motiveer dieselfde slotsom soos volg:

12 Vgl Hommes 89-90.
13 *Vorschule der Rechtsphilosophie* 2e Aufl (1959) 21.
14 *Eiführung in die Rechtswissenschaft* (1929) 4: "Daar bestaan geen starre, vir alle tye geldende reg, geen *natuur*reg met 'n vaste inhoud nie."
15 *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge* (1925) vol I 122: "Natuurreg met 'n veranderlike inhoud."
16 *Metaphysik der Sitten* (1797) 2e Aufl herausgegeben von Karl Vorländer (1907) 34-35: "die somtotaal van die voorwaardes waaronder die willekeur van die een persoon met die willekeur van andere sáám verenig kan word onder 'n algemene wet van vryheid."
17 *Encyclopaedie der Rechtswetenschap* vol I 209.

> "Kant fundeert het rederecht niet in een metafysische *natuurlijke* orde, maar in een metafysische, boven de sfeer der natuur uitgrijpende, transcendente orde der praktische rede, en hij ontzegt aan het rederecht reële rechtskracht tegenover en naast het positieve recht."[18]

Kortom, die "Vernunftrecht" wat deur Kant as "natuurreg" aangesien word, is bloot 'n konstruksie van die rede sonder aktuele gelding in 'n feitelik bestaande regsgemeenskap van nou of van die verlede.

Vroeëre spore van subjektivering van die natuurreg in die regsfilosofie van Hugo de Groot is, soos reeds vermeld, 'n belangrike skakel in die ontwikkeling van die rederegsidee in die regsleer van die (na-middeleeuse) moderne tyd. Dit sal vervolgens aangetoon word met verwysing na die fundamentele grondslae van De Groot se denke en in besonder met die klem op sy rol as oorgangsfiguur by die vestiging van die moderne humanistiese wysbegeerte.

## 3 ANTI-SINTESE

Daarby kom in die eerste plek die teënstelling tussen sintesefilosofie en die antisintese van moderne wysgerige denke te pas.

"Sintesefilosofie" dui op 'n besondere benadering wat van ongeveer 200 nC tot plus-minus 1600 die Westerse wysbegeerte oorheers het en wat gekenmerk is deur doelgerigte pogings om godsdienstige/kerklike/Bybelse leerstellinge met wetenskaplike/redelike/verstandelike insigte te versoen. Hierdie sintesepoging het aan 'n groot verskeidenheid dualistiese voorveronderstellings beslag gegee: byvoorbeeld die standpunt van kerklikes soos Scotus Eriugena (812-890) en Petrus Abaelardus (1079-1142) en van die verwesterse Arabier, Averroës (1126-1198), dat redelike kennis (teenoor geloofskennis) as die enigste eintlike bron van waarheid beskou moet word (met die gedagte daarby dat die oënskynlik daarmee teenstrydige Skriftuurlike gegewens alleen in oordragtelike sin waar is en deur middel van allegoriese eksegese met die verstandelike wete versoen moet word); die opvatting van byvoorbeeld Anselmus van Kantelberg (1033-1109), met sy bekende spreuk: *credo ut intelligam* (glo sodat jy kan verstaan), en van Petrus Damiani (1007-1072), met sy bekende gesegde: *philosophia ancilla theologiae* (wysbegeerte is die slaaf van teologie), dat geloofskennis die enigste ware sekerheid bied (met die klem daarby op die feilbaarheid van die menslike verstand); die leerstuk van tweeledige of dubbelslagtige waarhede, wat te kenne gee dat 'n bepaalde feitestelling waar kan wees vir geloofsdoeleindes maar onwaar as dit op redelike verifikasie aankom en wat algemeen (maar verkeerdelik) aan die naam van Siger van Brabant (1235-1282) gekoppel word; en ten slotte die bemiddelende benadering van die vier groot geeste van die Middeleeue, Alexander van Hales (1175-1245), Albertus Magnus (1206-1280), Thomas van Aquino (1224/5-1274) en Duns Scotus (1266-1308), wat met 'n "apartheid van die wetenskappe" aan geloof (godsdiens) en wete (wysbegeerte) elk 'n

18 "Enige Beschouwingen over Kant's Metafysische Rechtsleer" 1963 *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 441, 511.

afsonderlike terrein toegesê het waar die een, outonoom en sonder inmenging van die ander, oor sy eie veld van ondersoek en kennis kan heers.

In die wysbegeerte van Thomas van Aquino het hierdie bemiddelende standpunt beslag gevind in die bekende Thomistiese dualisme van natuur en genade. Op die terrein van die natuur, waartoe alles behoort wat volgens Thomas verstandelik kenbaar is, heers die rede soewerein en speel geloof geen rol nie; en op die terrein van genade – daardie deel van die werklikheid wat die menslike verstand te bowe gaan – kan kennis alleen as 'n genadegawe deur geloof verkry word sonder dat die menslike rede daarby enige rol te vervul het.

Die middeleeue het tot 'n einde gekom as gevolg van verskeie geestesstrominge van die sestiende eeu wat in die Renaissance, die Kerkhervorming en die Humanisme gekulmineer het. Al drie hierdie geestesstrominge het bygedra tot die verval van sintesefilosofie: die Renaissance het vernuwing van die mens uit eie krag bepleit; die Kerkhervorming het hom vir die ongekompromiteerde gelding van God se woord beywer; en die Humanisme het gepoog om die probleme van destyds te ondervang deur die glorie van die Griekse en Romeinse klassieke outyd te laat herleef. In dié proses is daar 'n gees van vyandigheid teen sintesefilosofie geskep en is die weg gebaan vir eksplisiete anti-sintese as grondslag van die moderne (na-middeleeuse) wysbegeerte: in die nuwe wysbegeerte word sintesefilosofie nie net verwerp nie maar nadruklik beveg, en daar word uitsluitlik op die menslike rede vir kennis van die werklikheid staatgemaak. Wetenskap is aldus gesekulariseer.

Anti-sintese lê onmiskenbaar die gedagtegang van Hugo de Groot ten grondslag. Daar is naamlik in sy denke geen plek meer vir die radikale teënstelling tussen *fides* en *ratio* wat sedert Thomas van Aquino die vernaamste grondslag van sintesefilosofie geword het nie.[19] Daarom, onder meer, bepleit en beoefen hy 'n redelike teologie met 'n sterk filologiese inslag – vir sover hy naamlik poog om 'n suiwer taalkundige uitleg van die Skrif te gee waarby alle dogmatiese assumpsies buite rekening gelaat word.[20] De Groot se godsbeskouing is eweneens suiwer rasioneel, soos onder meer blyk uit sy bekende uitspraak dat God nie dit wat ooreenkomstig die voorskrifte van die rede kwaad is, tot nie-kwaad kan verhef nie – ewe min as wat God kan verander aan die waarheid dat twee plus twee gelyk is aan vier.[21]

In ooreenstemming met hierdie benadering verwerp De Groot die sintesefilosofie se verwysing na goddelike voorsienigheid om 'n grondslag vir die natuurreg daar te stel en doen hy in dié verband opnuut 'n beroep op die menslike rede.[22] Sekularisasie van die natuurreg deur De Groot blyk treffend uit sy voorveronderstelling dat die natuurreg só onveranderlik is dat selfs God dit nie kan

19 Haentjes *Hugo De Groot als Godsdienstig Denker* (1946) 14.
20 *idem* 27 ev.
21 *De Iure Belli ac Pacis* 1 1 10 5: *Sicut ergo ut bis duo non sint quattuor ne a Deo quidem potest effici, ita ne hoc quidem, ut quod intrinseca ratione malum est, malum non sit.*
22 Friedmann *Legal Theory* (1967) 114; Dias *Jurisprudence* (1976) 93.

verander nie.[23] Volgens hom sou die beginsels van die natuurreg van krag bly selfs al sou 'n mens aanneem dat daar geen God is nie – 'n veronderstelling wat volgens hom op die grootste sonde sou neerkom – of dat God hom nie met menslike aangeleenthede bemoei nie.[24]

## 3 SUBJEKTIVISME

Die fundamentele grondslag van die moderne wysbegeerte kan as *subjektivisme* getipeer word.

Daar word in wysgerige werke vrywel ongedissiplineerd met begrippe soos "subjektivisme" en "objektivisme" omgegaan. Daarom is dit nodig om dergelike begrippe noukeurig te omskryf. Vir die doeleindes hiervan word die betekenis wat met die probleem-historiese metode van Vollenhoven aan hierdie en verwante konsepte gegee is,[25] nagevolg. Dit kan soos volg verduidelik word.

Die dinge in die kosmos (konkrete skepsele) bestaan uit subjekte en objekte; en die aardse skepping (kosmos) word georden deur 'n verskeidenheid wette,[26] sommige waarvan as (met die skepping gegewe) natuurwette en ander as (deur die mens gepositiveerde) norme geklassifiseer kan word. Die vraag aangaande die verhouding tussen die bedoelde wette enersyds en die subjekte en objekte andersyds is 'n basiese probleemstelling van die wysbegeerte. Terwyl die *objektivisme* die wet in die objek opgesluit sien lê, beskou die *subjektivisme* die wet as 'n integrerende deel van die subjek. Vollenhoven onderskei in hierdie verband ook nog 'n derde opvatting, wat hy *realisme* noem en wat die wet buite die kosmos (nie as deel van die subjek of objek nie) plaas.

Die grondgedagte van die subjektivisme impliseer aldus, volgens Vollenhoven,[27]

> "dat men niet slechts tracht het objectieve, voorzoover opgemerkt, tot het subjek te herleiden, maar bovendien de wet uitsluitend bij het subject kon zoeken en ook meende te vinden."

Terwyl subjektivisme, objektivisme en realisme mekaar in die geskiedenis van die wysbegeerte aanvanklik afgewissel het, is die moderne wysbegeerte, wat teen ongeveer 1600 sy beslag gekry het, konsekwent aan die subjektivisme getrou. In hierdie opsig staan De Groot ook reeds vierkantig in die nuwe tyd, want sy regsleer is onmiskenbaar op die lees van subjektivisme geskoei.

Die basis van die natuurreg is naamlik volgens hom nie meer die algemene

23 *De Iure Belli ac Pacis* 1 1 10 5: *Est autem ius naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat.* Die positiewe reg, daarenteen, verander volgens De Groot van tyd tot tyd en verskil van plek tot plek (prol 30).

24 *idem* prol 11: *Et haec quidem, quae iam diximus, locum aliquem haberent, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequid, non ese Deum, aut non curari ab eo negotia humana.*

25 Vgl daaroor in die breë Van der Vyver *Die Juridiese Sin van die Leerstuk van Menseregte* ongepubliseerde proefskrif, Universiteit van Pretoria (1973) 43-48.

26 "Wette" in hierdie sin beteken nie net "regsreëls" of "juridiese norme" nie maar moet in die breedste sin verstaan word wat alles insluit waarvan gesê kan word dat dit (vir iets) geld of dat dit orden.

27 *Geschiedenis der Wijsbegeerte* (1950) vol I 40.

natuur, die natuur "an sich," soos die vroeë eksponente van die natuurregsleer dit aan ons voorgehou het nie, maar die tipiese natuur van spesifiek die mens – te wete meer bepaald sy sosiale en redelike natuur. De Groot verwerp daarom nadruklik die opvatting van Ulpianus[28] wat in die Romeinse reg beslag gekry het[29] en waarvolgens die *ius naturale* (teenoor die *ius gentium* en *ius civile*) daardie reg sou wees *quod natura omnia animalia docuit*[30] en dus vir sowel mens as dier geld. De Groot verklaar, daarenteen,

> "Nam naturalis iuris mater est ipsa humana natura, quae nos, etiamsi re nulla indigeremus, ad societatem mutuam appetendam ferret.[31]"

De Groot beskou die mens wel nog as lid van die diereryk, maar beskryf hom as *eximium animans.*[32] Anders as die ander diersoorte is die mens toegerus met 'n besondere sosiale ingesteldheid (*appetitus societatis*),[33] asook 'n redelike verstand *cui quae conveniunt ea iam sunt non omnium quidem animantrium, sed humanae naturae congruentia.*[34] Die *appetitus societatis* en redelike insigte van die mens word nou vir hom die grondslag van die natuurreg:

> "Dit natuurrechtssysteem wil hij uit de *abstracte redelijk-sociale zijde* der menselijke natuur deduceren, als *één van de in de natuur van de mens gelegen eigenschappen, die hem boven de redeloze schepselen verheffen* en die door het instrument van de taal zeer duidelijk zijn redelijk karakter bewijst,"

aldus Dooyeweerd.[35]

Met "sosiale natuur" bedoel De Groot 'n sekere neiging van die mens om vreedsaam in 'n lewensgemeenskap met sy gelykes saam te leef op 'n wyse wat redelik is.[36]

De Groot was weliswaar nie die eerste regsfilosoof wat die natuurreg spesifiek aan die menslike natuur (teenoor die natuur in die breë) gekoppel het nie.

28 *D* 1 1 1 3; *Inst* 1 2*pr.*

29 Daar moet egter op gewys word dat nie alle klassieke Romeinse juriste die onderhawige siening van Ulpianus onderskryf het nie. Gaius het byvoorbeeld die natuurreg met die *ius gentium* vereenselwig en daarby alles ingesluit wat deur die natuurlike rede vir alle mense voorgeskryf en daarom deur almal eerbiedig word (*D* 1 1 9; en vgl ook *Inst* 1 2 1). Jolowicz en Nicholas *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1972) 106 gee te kenne dat die Romeinse juriste oor die algemeen geen wesenlike verskil tussen die *ius gentium* en *ius naturale* gemaak het nie (vgl ook Scott *The Civil Law* (1932) vol 1 en 2 19; Paton *A Text-Book of Jurisprudence* 102). Dit is egter nie so nie. Die feit dat Justinianus in die *Institute* voorkeur gee aan Ulpianus se driedeling van die reg in *ius naturale, ius gentium* en *ius civile* is 'n aanduiding dat hierdie siening, inteendeel, meer algemeen byval gevind het as dié van Gaius. Dooyeweerd *Encyclopaedie der Rechtswetenschap* vol I 120 n1 beskou Ulpianus se standpunt blykbaar ook as die tipiese Romeinse opvatting.

30 *De Iure Belli ac Pacis* 1 1 11.

31 *idem* prol 16: "Want die moeder van die natuurreg is die menslike natuur self, wat ons, ofskoon ons daaraan geen behoefte het nie, 'n onderlinge samelewing laat begeer."

32 *idem* prol 6.

33 *ibid.*

34 *idem* prol 7: "... sodat dit wat daartoe dienstig is nie meer aan alle lewende wesens gemeen is nie maar eie is aan die menslike natuur." Vgl ook *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* 1 2 6.

35 *Encyclopaedie der Rechtswetenschap* vol I 148; en vgl veral *De Iure Belli ac Pacis* prol 7.

36 *De Iure Belli ac Pacis* prol 6.

Thomas van Aquino word dikwels voorgehou as die persoon wat met 'n subjektivering van die nattuurreg leiding gegee het – hoewel ook hy nie daarmee die voortou geneem het nie. Volgens hom is die natuurreg 'n afbeelding in die menslike rede van die *lex aeterna*, wat hy gelykstel aan die rede en wysheid van God.[37] Die *lex naturalis* is meer bepaald daardie deel van die *lex aeterna* wat die goedheid en morele waarde van menslike handelinge bepaal en dit is deur God op die menslike rede gegraveer sodat die mens in staat sal wees om die norm te ken wat op die etiese kwaliteit van sy handelinge betrekking het. Die natuurreg vergestalt as sodanig die partisipasie van die menslike rede aan die *ratio* van God.[38]

Dit is hieruit duidelik dat die subjektivering van die natuurreg deur Thomas – die verband wat hy smee tussen natuurreg en die menslike rede – nog nie op volstrekte subjektivisme, soos ons dit by De Groot aantref, neerkom nie.[39] Thomas handhaaf naamlik vir die natuurreg 'n eksterne (buite-menslike) goddelike bron; die natuurreg is by hom nog nie vanuit die menslike natuur as sodanig verklaarbaar en verantwoordbaar nie.

In die verbygaan kan verder daarop gewys word dat subjektivering van die natuurreg, *à la* De Groot, 'n noodsaaklike voorvereiste vir die finale beslag van die uiters belangrike en invloedryke leerstuk van menseregte was, wat ietwat later deur John Locke (1632-1704) in sy bekende werk *Two Treatises of Civil Government* (1689) ontwerp is. Terwyl De Groot die natuurreg *as normesisteem* gesubjektiveer het, het Locke die kroon met 'n volgende logiese stap gespan deur (náás natuurregtelike norme) subjektiewe aansprake van die mens, as essensiële en integrale deel van jou mens-wees, te onderskei. Die idee van sodanige aan die mens inherente aansprake, wat deur Locke "natuurlike regte" genoem is, vorm die kern van, en het 'n finale beslag gegee aan, die leerstuk van menseregte.

De Groot beskryf die natuurreg wat aldus uit die sosiale en redelike natuur van die mens afgelei kan word as

> "dictatae rectae rationis, indicans actui alicui, ex eius convenientia aut disconvenientia eum ipsa natura rationali ac fociali, inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore, naturae Deo talem actum aut vetari, aut praecipi;[40]"

37 *Summa Theologica* 1 1 q93 a 1: *lex aeterna ... est ... ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum* ("die *lex aeterna* is die *ratio* van die heilige wysheid vir sover dit vir alle handelinge en bewegings geld").

38 *idem* 1 2 q92 a 2: *Lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeterna in rationali creatura.*

39 Vgl Du Plessis *Die Juridiese Relevansie van Christelike Geregtigheid* ongepubliseerde proefskrif, PU vir CHO (1978) 359: "die *bron* van die natuurreg" (by De Groot) "is nie meer ekstern aan die menslike vermoëns nie (die natuurreg is dus nie meer 'n mikro-*lex aeterna* wat in die menslike rede afgeprent is nie) maar is inderdaad die menslike vermoëns self. Anders gestel: die menslike Rede is die outonome bron van die natuurreg ...."

40 *De Iure Belli ac Pacis* 1 1 10 1: ("... voorskrifte van die gesonde Rede, wat vir ons aandui dat die een of ander aktiwiteit, na gelang dit wel of nie ooreenstem met die redelike natuur, in homself behels 'n sekere skadelikheid of etiese noodsaaklikheid, en bygevolg dat so 'n daad deur God, skepper van die natuur, verbied of veroorloof word.")

dit wil sê:

> "Aangeboren wet in den mensche is het oordeel des verstands, te kennen ghevende wat zaken uit haer eighen aerd zijn eerlijk ofte oneerlijk, met verbintenisse van Gods wegen om't zelve te volgen."[41]

Dooyeweerd vat die natuurreg, ooreenkomstig De Groot se beskouing, saam as

> "een gebod van de gezonde rede, dat zegt, dat aan een handeling wegens haar al of niet overeenstemming met de redelijke en sociale natuur een morele slechtheid of een morele noodwendigheid (goedheid) eigen is."[42]

Sodanige voorskrifte van die rede is naamlik volgens De Groot in sigself goed of sleg en daaruit weet 'n mens dat God dit (onderskeidelik) gebied of verbied.[43]

Die enigste natuurregtelike basis vir die gelding van die positiewe reg is die geïsoleerde beginsel: *pacta sunt servanda.*[44] Aangesien De Groot selfs nie eers die regsgrond van 'n *iusta causa* as 'n noodsaaklike vereiste vir 'n bindende kontrak nodig ag nie,[45] besluit Dooyeweerd dat hy, tipies subjektivisties,[46] die inhoud van die positiewe reg oorlaat aan die persoonlike willekeur van die owerheid as mandataris van die volk.[47] Origens vervul die natuurreg ten opsigte van die positiewe reg die rol van 'n juridiese "Schranke": binne daardie grense kan die positiewe reg alles gebied wat die natuurreg nie verbied nie en alles verbied wat die natuurreg nie gebied nie.[48]

## 4 RASIONALISME

Rasionalisme én irrasionalisme is albei besondere variasies van subjektivisme en het meer bepaald te make met die oordeel van die subjektivisme ten opsigte van die mens se verstandelike vermoëns om die werklikheid teoreties te peil: die vraag of die menslike rede (respektiewelik) oorskat of onderskat word.[49] Een van die belangrikste probleme van die subjektivisme het naamlik te make met

41 *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* 1 2 5.

42 *Encyclopaedie der Rechtswetenschap* vol I 148. Vgl ook Mekkes *Proeve eener Critische Beschouwing van de Ontwikkeling der Humanistische Rechtsstaatstheorieën* 142.

43 *De Iure Belli ac Pacis* 1 1 10 2. In dieselfde trant verklaar De Groot (bv) 1 1 3 1 en 1 2 1 3 dat slegs dit wat in stryd is met die redelike en sosiale natuur van die mens onregverdig genoem kan word.

44 *idem* prol 15.

45 Nadat De Groot 2 11 9 beweer het dat 'n kontrak waarby 'n geldsom beloof is vir die pleeg van 'n moord, natuurregtelik bindend is sodra die moord eenmaal gepleeg is, verklaar hy (2 11 10): *nam et sine ulla causa promissum naturaliter deberetur* ("... want selfs dit wat sonder enige oorsaak belowe is, sou 'n mens natuurlikerwys verkuldig wees"); vgl ook 2 11 21: *Ne iura civilia naturali confundantur. Neque promissiones, quae causam expressam non habent, naturaliter esse irritas; on magis, quam rerum donationes.* ("Die burgerlike reg moet nie met natuurreg verwar word nie. Geen beloftes wat nie 'n uitdruklike oorsaak het, is van nature ongeldig nie; ewe min as wat met skenkings die geval is.")

46 Dooyeweerd gebruik in dié verband die term "positivisties."

47 *Encyclopaedie der Rechtwetenschap* vol I 150-151. Vgl ook Dooyeweerd "In den Strijd om een Christelijke Staatkunde" in 1926 *Anti-Revolusionêre Staatkunde* 429 ev.

48 *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* 1 2 6.

49 Vgl Van Riessen *Filosofie en Tegniek* (1949) 6.

die verhouding tussen denke en empiriese werklikheid of lewenspraktyk. Die rasionalisme aanvaar die primaat – trouens die alvermoë – van die denke (teoretiese waarheid), terwyl die irrasionalisme die *praxis* onafhanklik van die denke sien staan.[50]

Die 17e tot 20ste eeuse wysbegeerte is deur rasionalisme oorheers, terwyl irrasionalisme – vir sover dit te kenne gee dat 'n gedeelte van die werklikheid (byvoorbeeld die praktiese werklikheid, of lewe, of die menslike eksistensie) nie rasioneel of verstandelik kenbaar of verklaarbaar is nie – die toonaangewende wysgerige stroming binne die 20ste eeuse wysbegeerte is. Die "moderne" tendense in De Groot se regsfilosofie moet dus by blyke in sy regsleer van rasionalisme gesoek word.

Vollenhoven omskryf die rasionalisme soos volg:

> "'Rationalisme' wil zeggen: 'overschatting van de rede'. Daarbij blijkt 'rede' te betekenen niet – zoals in het Grieksche denken – 'sprake', 'redevoering' of 'betoogt', maar 'verstand toegerust met apriori's' inclusief dat van het bestaan der zintuigelijk waarneembare 'qualiteiten'."[51]

Globaal beskou, gaan die rasionalisme van die standpunt uit dat die mens met sy denke die hele werklikheid kan deursien en dat sy verstandelike insig die enigste maatstaf vir die goed en kwaad van sy handelinge is.[52]

Die rasionalisme in De Groot se regsleer blyk veral uit die wyse waarop hy deur suiwer logiese deduksie besondere norme van die natuurreg uit die sosiale en redelike natuur van die mens aflei.

Natuurregsnorme kan volgens hom deur middel van tweërlei metodes aldus afgelei word,[53] te wete:

a Die metode *a priori*, waarvolgens 'n mens, onafhanklik van jou ervaring, abstrak matematies kan bewys dat iets met die redelike en sosiale natuur van die mens ooreenstem;[54] en
b die metode *a posteriori*, waarvolgens met waarskynlikheid aangeneem kan

50 Vollenhoven *Geschiedenis der Wijsbegeerte* vol I 177-178.
51 "Hoofdtrekken der Wijsgerige Problematiek in de Hedendaagse Mens-Beschouwing" 1964 *Koers* 189.
52 Vir 'n kort samevatting van die historiese ontwikkeling van die "*apriori*teitstema" wat uiteindelik op die vestiging van die 17e eeuse rasionalisme uitgemond het, vgl Van der Vyver *Die Juridiese Sin van die Leerstuk van Menseregte* 60-65.
53 *De Iure Belli ac Pacis* 1 1 12 1.
54 Vgl ook prol 39: *Primium mihi cura haec fuit, ut eorum, quae ad ius naturae pertinent, probationes referrem ad nationes quasdam tam certas, ut eas nemo negare possit, nisi sibi vim inferat. Principia enim eius iuris, si modo animum recte advertas, per se patent, atque evidentia sunt, ferme ad modum eorum, quae sensibus externis percipimus: qui et ipsi bene conformatis sentiendi instrumentis, et si caetera necessaria adsint, non fallunt.* ("In die eerste plek het ons probeer om die dinge wat tot die natuurreg behoort, te herlei tot konsepte wat so seker is dat niemand dit kan ontken sonder om homself geweld aan te doen nie. Want die beginsels van hierdie reg, indien 'n mens dit met die regte gesindheid betrag, is in sigself so duidelik en ooglopend dat 'n mens net so weinig rede het om daaraan te twyfel as aan dinge wat ons, terwyl ons goedgesteld is, daagliks met ons uiterlike sintuie gewaar word."); en vgl ook 1 2 1 1-6.

word dat 'n bepaalde beginsel van natuurregtelike aard is as dit onder alle beskaafde volke aldus beskou word.[55]

Die *communis consensus gentium* word ten slotte deur die metode *a priori* bevestig. Dit dien dus bloot as 'n aanvullende bewys van 'n natuurregsreël maar is, daarenteen, *die enigste* bewys van die *ius gentium*.[56]

Die natuurreg wat aldus *a priori* vasgestel én *a posteriori* bevestig word, word deur De Groot in vier hoofbeginsels saamgevat:[57]

a Die beginsel van *meum et tuum (suum cuique tribuere)*: dit wil sê, die eis dat 'n mens jou hande van andermansgoed moet afhou en aan elkeen moet gee wat hom toekom;
b die beginsel van *pactum est servandus*; dit wil sê, die voorskrif dat 'n mens jou woord en beloftes gestand moet doen;
c die beginsel van aanspreeklikheid vir skuldige onregplegings: dit wil sê, die norm dat skade deur 'n skuldige handeling veroorsaak, vergoed moet word; en
d die beginsel van straf: dit wil sê, die noodsaaklike imperatief dat misdrywe met straf vergeld word.

## 5 SCIENTIALISME

Dooyeweerd wys daarop dat De Groot se metode *a posteriori* reeds by die klassieke Romeinse juriste in gebruik was.[58] Die aanwending van hierdie metode deur De Groot openbaar egter dié belangrike verskil dat dit deur laasgenoemde *abstrak matematies* ontplooi is.[59] Terwyl Dooyeweerd in die lig van sy transendentale metode[60] daarmee wil aantoon dat De Groot sy beskouing aan die mate-

55 Vgl ook *idem* prol 40: *Quod enim ex certis principiis certa argumentatione deduci non potest, et tamen ubique observatum apparet, sequitur ut ex voluntate libera ortum habeat.* ("Want as iets nie deur onwrikbare argumentasie uit sekere beginsels afgelei kan word nie, en egter blyk oral geëerbiedig te word, is dit 'n bewys dat dit uit 'n vrye wil gespruit het.")

56 *idem* prol 46. Vgl ook prol 17 en 40; asook 1 1 14 2 oor die kenteoretiese grondslag van die *ius gentium*.

57 *idem* prol 8: *quo pertinent alieni abstinentia, et, si quid alieni habeamus aut lucri inde fecerimus, restitutio; promissorum implendorum obligatio; damni culpa dati reparatio; et poenae inter homines meritum.* ("... dat 'n mens jou weerhou van andere se goed en indien jy iets het wat aan 'n ander behoort, jy dit sal teruggee; beloftes bring verpligtinge mee; skade deur skuld veroorsaak moet vergoed word; en straf vir misdade onder mense is geoorloof.")

58 *Encyclopaedie der Rechtswetenschap* vol I 152-153.

59 *ibid*; en vgl ook Mekkes *Humanistische Rechtsstaatstheorieën* 142-143; Hommes *Geschiedenis der Rechtsfilosofie* 73-75.

60 Vgl *Transcendental Problems of Philosophic Thought* (1948) waarin Dooyeweerd 'n beknopte samevatting van sy kenteorie gee, en ook *A New Critique of Theoretical Thought* (1953) vol I 1-113; *In the Twilight of Western Thought* (1960) 1-61; "De Autonomie van het Wijsgerig Denken in het Licht ener Transcendentale Denkcritiek" 1960 *Algemeen Nederlands Tijdscrift voor Wijsbegeerte en Psychologie* 225; *Verkenningen in die Wijsbegeerte, de Sociologie en de Rechtsgeschiedenis* (1962) 11-66; en wat sekondêre bronne betref, bv Conradie *The Neo-Calvinistic Concept of Philosophy* (1960) 36-64; Marlet *Grundlinien der kalvinistischen "Philosophie der Gesetzesidee" als christelicher Transzendentalphilosophie* (1954) 19-48; Van der Vyver *Die Juridiese Sin van die Leerstuk van Menseregte* 38-43.

matiese wetenskapsideaal op die grondslag van die religieuse grondmotief van natuur en vryheid georiënteer het,[61] kan 'n mens ook, met die oog op Vollenhoven se konsekwent probleem-historiese metode, die manifestasie van scientialisme in die onderhawige faset van De Groot se denke sien.

Scientialisme het meer bepaald te make met die vraag aangaande die verhouding tussen teorie en praktyk. Vollenhoven onderskei aan die hand van hierdie probleemstelling drie variasies van die rasionalisme:[62]

a die *scientialisme*, wat die praktyk benader vanuit die natuurwetenskaplike denke en dit sien as 'n dikwels minder suiwere toepassing van sodanige denke;
b die *praktikalisme*, wat die praktyk benader vanuit nie-natuurwetenskaplike denke; en
c die *praktisisme*, wat die praktyk enersyds nie wil herlei tot denke nie maar dit andersyds ook nie daarsonder moontlik ag nie en dus as't ware praktyk en (nie-natuurwetenskaplike) denke hand aan hand laat gaan.

Scientialisme het deur die toedoen van René Descartes (1596-1650) in die Westerse wysbegeerte beslag gekry. Hommes vat die kern van Descartes se (scientialistiese) uitgangspunt soos volg saam:[63]

> "Geen enkel structuur of wetmatigheid kan het vrije, scheppende mathematische denken buiten zichself als *gegeven* aanvaarden. Niets is zeker, en Descartes begint dan ook met zijn beroemde denkrpocédé van de universele twijfel aan alles, wat gegeven is. Al twijfelende ontdekt de mens echter één volstrekte zekerheid nl. van zijn denken en zijn eksistensie. *Cogito, ergo sum (Discours de la methode*, 1637) resp. *ego sum, ego existo* (*Meditationes*, 1641). Vanuit de intuïtief verkregen volstrekte zekerheid van zijn eksistensie en zijn mathematisch denken, ontwikkelt de *res cogitans* volgens de mathematische methode *(more geometrico)*, onafhankelijk van ervaring, louter deductief, de wetenschappelijke kennis, die zich kenmerkt door helderheid *(clare)* en scherpe onderscheiding *(distincte)*. Ook in de metafysische godsleer, psychologie en ethiek tracht Descartes deze methode door te voeren (verg. Karl Vorländer, *Geschichte der Philosophie*, II, 9. Aufl., blz. 122 e.v.)."

'n Mens word reeds in die prolegomena van *De Jure Belli ac Pacis* voorberei op De Groot se scientialistiese benadering, byvoorbeeld waar hy sy arbeid vergelyk met dié van 'n wiskundige.[64] Veral insiggewend in dié verband is sy uit-

61 Volgens Dooyeweerd is die moderne humanistiese wysbegeerte gegrondves op die onversoenbare konflik tussen, aan die een kant, die religieuse *cultus* van die menslike persoonlikheid wat sogenaamd vry en outonoom moet wees en, aan die ander kant, die begeerte om die ganse werklikheid met behulp van die natuurwetenskappe te beheers. Persoonlike vryheid *versus* natuurlike noodwendigheid is die sentrale strydvraag van die humanisme, en in hierdie konflik skaar De Groot hom aan die kant van die wetenskapsideaal.

62 *Geschiedenis der Wijsbegeerte* vol I 178.

63 *Geschiedenis der Rechtsfilosofie* 74.

64 Prol 58: *Iniuriam mihi faciet, si quis me ad ullas nostri seculi controversias, aut natas, aut quae nasciturae praevideri possunt, respexisse arbitratur. Vere enim profiteor, sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in iure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum* ("Aan my sal 'n onreg aangedoen word indien iemand sou dink dat ek willekeurig ag geslaan het op enige omstrede kwessie van ons tyd, wat òf reeds in aansyn is òf veronderstel word nog gebore sal word. Want ek betuig met waarheid dat, net soos wat matematici die figuur van 'n liggaam van 'n afstand af oorweeg, ek in hierdie verhandeling van die reg my gemoed weerhou het van alle singulêre handelinge").

spraak dat natuurregsnorme, *weens die onveranderlikheid daarvan*, tot wetenskaplike reëls herlei kan word, terwyl die positiewe reg, weens die veranderlikheid en plaaslike verskille daarvan, nie vir wetenskaplike behandeling vatbaar is nie.[65]

Die opvatting dat positiewe reg nie wetenskaplik ondersoek kan word nie, het sedert De Groot van tyd tot tyd kop uitgesteek – soms as uitloper van 'n scientialistiese wetenskapsbeskouing en soms op die grondslag van 'n positivistiese uitgangspunt.

Die tipies scientialistiese opvatting dat die wetenskap hom alleen met vaste en onveranderlike feite besig kan hou en wat die wetenskapsbegrip daarom vir natuurwetenskappe reserveer – dit is die uitgangspunt wat De Groot se opvatting in die onderhawige verband onderskraag – het iemand soos Julius Hermann von Kirchmann eweneens laat besluit dat die positiewe reg nie wetenskaplik ondersoek kan word nie.[66] Von Kirchmann se bekende uitlating,

> "Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulator",[67]

dui die kern van sy betoog ter stawing van "die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" ("die waardeloosheid van regsleer as wetenskap") aan.

Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955), daarenteen, fundeer sy soortgelyke slotsom – dat die positiewe reg nie wetenskaplik ondersoek kan word nie – op 'n positivistiese uitgangspunt.[68] In sy bekende werk met die sprekende titel, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft,*[69] betoog hy dat basiese regsinstellings soos regsreël, subjektiewe reg en regsplig (omdat hulle nie deel van die konkrete werklikheid uitmaak nie) nie werklik bestaan nie (geen ekwiva-

65 *idem* prol 30: *nam naturalia, cum semper eadem sint, facile possunt in artem colligi: illa autem, quae ex constituto veniunt, cum et mutentur saepe, et alibi alia sint, extra artem posita sunt, ut aliae rerum singularium perceptiones* ("... want die natuurreg, wat altyd dieselfde is, kan maklik by die kunste (wetenskap) ingereken word: maar dit wat uit afsprake/besluite voortkom (positiewe reg), omdat dit dikwels verander word en nie op alle plekke dieselfde is nie, is buite die kunste geleë, net soos ander singulêre dinge.")

66 Vgl Dooyeweerd *Encyclopaedie der Rechtswetenschap* vol I 44-45; Hommes *Geschiedenis der Rechtsfilosofie* 178-179.

67 *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848). ("Drie wysigende woorde van die wetgewer en ganse biblioteke gaan na die makelaar.")

68 Die positivisme, waarvoor Auguste Comte (1798-1857) vader staan, kan kortweg beskryf word as daardie variasie van subjektivisme wat empiriese waarnemingsfeite as die enigste werklikheid – en voorwerp van wetenskaplike ondersoek – beskou; of soos Bavinck *Christelijke Wijsbegeerte* (1904) 34 dit stel, daardie stroming wat van die standpunt uitgaan "dat het alleen echt-wetenschappelijk is, uitsluitend op feiten der ervaring steunt en aan het transcendente alle bestaan ontzegt". Comte self beklemtoon dat reële kennis alleen moontlik is as dit op waargenome feite gebaseer is (*Cours de la Philosophie Positive* (1830-1842) Paris (1907-24) vol I 22); of, soos hy dit elders kernagtig saamvat: "La philosophie positive est caractérisée quant à la méthode, par la subordination de l'imagination à l'observation" (*idem* vol III 78: "Die positiewe filosofie word gekenmerk deur die metode waardeur die verbeelding aan waarneming ondergeskik gestel word"). In die regsfilosofie kom positivisme tot uitdrukking in die standpunt dat die deur 'n kompetente regsvormende orgaan gepositiveerde regsreëls (positiewe reg) die alfa en die omega van die juridiese werklikheid is.

69 Twee volumes (1932-1936).

lent in die tasbare werklikheid het nie) en dáárom nie wetenskaplik ondersoek kan word nie.[70]

Van Apeldoorn stel hom op 'n derde onderskeibare standpunt wat tot dieselfde konklusie lei. Sy opvatting is ook wel aan die positivisme georiënteer maar hy leer bykomstig dat wetenskap sogenaamd neutraal moet wees en daarom slegs beskrywend te werk mag gaan en hom van waarde-oordele moet weerhou.[71] Die regsleer, wat volgens Van Apeldoorn die op 'n bepaalde tyd en plek geldende regsnorme beskryf, is nie 'n wetenskap nie – aldus Van Apeldoorn – omdat regsnorme sogenaamd waarderende oordele behels van wat al of nie behoort te wees.[72] 'n Verklaring van die kousale samehang van die reg met ander verskynsels met behulp van die sosiologiese, historiese en regsvergelykende metode, is egter volgens hom wel 'n wetenskap, naamlik "rechtswetenschap."[73]

70 Vgl Dooyeweerd *Inleiding tot die Encyclopaedie der Rechtswetenschap* (ongepubliseerde diktaat: Vrije Universiteit Amsterdam) 8; Hommes *Geschiedenis der Rechtsfilosofie* 269-270.

71 Hierdie beskouing word in Suid-Afrika veral deur die Pretoriase fenomenoloë van die Hervormde Kerk, Rautenbach, Oberholzer, Dreyer en Antonites, onderskryf. Vgl bv Rautenbach "Wysbegeerte en Geloof" in sy *Versamelde Geskrifte* (red: P S Dreyer) (1975) 95 ev, waar hy om die standpunt verkondig dat wysbegeerte (as wetenskap) uitsluitlik aangewys is op "die ervaringsgegewene plus die logika" (105) – hoewel die wysgeer (as mens) "met sy hele persoonlikheid", insluitende sy "wil en waardebepaling", filosofeer (99); Oberholzer *Inleiding in die Prinsipiële Opvoedkunde* (1954) veral die paragraaf oor "Die Wetenskaplikheid van die Opvoedkunde" (19-102), waar hy om verklaar: "Wetenskap moet 'n waardevrye aangeleentheid bly" (100) en ook *Prolegomena van 'n Prinsipiële Pedagogiek* (1968) veral die paragraaf oor "Die Pedagogiek en Wetenskapsbeoefening" (98-109), waar hy om verklaar dat die opvoedkunde sy wetenskaplikheid sou inboet indien dit hom sou besig hou met die praktyk t w v die verbetering daarvan: "Hy" (die opvoedkunde) "sou dan tussen rangordes en waardevoorkeure moet kies en daarmee ook voorskrywe waardeur sy karakter van wetenskap verlore gaan" (99), en verder: "Die wetenskap as wetenskap kwel hom nie oor die nuttige en die lewensbevorderende nie, want laasgenoemde is geen teoretiese of rasionele aangeleentheid nie" (102), of ook: "Nuttigheid, doeldienlikheid, beheersing van probleemsituasies, die bevordering van lewensgerief en lewensgemak, die doeltreffende uitvoering van praktiese take, ensovoorts, is vreemd aan sy" (die wetenskap se) "wese en doel ... Wetenskap is 'n waardevrye aangeleentheid" (105) en ten slotte "Wêreldbeskouing en Lewensopvatting" in *Die Waardes van die Afrikaner* (referate gelewer by die Jaarvergadering van die SA Akademie vir Wetenskap en Kuns in Junie 1968 te Bloemfontein) (1969) 38 ev waar hy om betoog dat die wetenskap "in sy rasioneel-kritiese opset" nie die toekomsweg vir die mens kan aandui nie (40); Dreyer "Die Grense van Wetenskap" in *Die Waardes van die Afrikaner (supra)* 62 ev en in besonder bv 67: "Wetenskapsbeoefening self kan egter nie onderhorig gemaak word aan 'n vooropgesette rangorde van waardes nie; daarmee sou die wetenskap 'n middel word tot propagering van een of ander lewensopvatting, of 'n middel word tot propagering van een of ander lewensopvatting", of 71: "As hy" (die wetenskaplike) "egter waardeer in die sin van goed- of afkeur, is hy nie besig om die fenomeen te beskrywe nie, maar blyke van sy lewensopvatting te gee en daarmee eksplisiet voor te skrywe hoe sy leser of toehoorder sy fenomeen behoort te waardeer. Sodra hy begin voorskrywe, is hy nie meer met wetenskapsbeoefening besig nie;" Antonites *Die Wetenskapsbegrip by die Neo-Calvinistiese Wysbegeerte: 'n Kritiese Waardering* ongepubliseerde proefskrif, Univ van Pretoria (1972) bv 350, waar hy aan die wetenskap 'n "kunsmatige objektiewe ideële struktuur" toesê (vgl ook 409) en dan voortgaan: "Die onverbiddelike eis van objektiwiteit moet steeds deur die wetenskap aanvaar word om as wetenskap erken te word" (410; en vgl ook 366: "Teenoor die godsdiens en geloof het die wetenskap 'n objektiewe struktuur" (en wat daarop volg)).

72 *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht* (1950) 280.

73 *idem* 306-307.

In die verbygaan kan – wat die opvatting van Calvinistiese filosowe in dié verband betref – gemeld word dat Stoker *die resultaat* van jou denke[74] en Herman Dooyeweerd *die metode* van jou ondersoek[75] laat bepaal of jy wetenskaplik besig is of nie.[76]

Om na De Groot terug te keer: die scientialistiese grondslag van sy regsleer kan in besonder ook van sy geregtigheidsbegrip afgelei word. Hy fundeer sy beskouing in dié verband op die bekende leerstuk aangaande geregtigheid wat oorspronklik deur Aristoteles (384-322 vC) ontwerp is.[77]

Aristoteles het in die breë onderskei tussen *algemene geregtigheid* (wat vereis dat 'n mens daardie deugde moet eerbiedig wat vir die welsyn van die staat bevorderlik is en wat volgens hom in die staatlike positiewe reg beliggaam is) en die *besondere geregtigheid* (wat opgesluit lê in die gelykheidskriterium as 'n goue middeweg tussen die te veel en te min van die mens se egosentriese begeerte om homself te bevoordeel). Die besondere geregtigheid word op sy beurt deur Aristoteles onderverdeel in:

a die *uitdelende geregtigheid*, wat te make het met die toebedeling deur die staatsowerheid van eerbewyse, ampte, goedere en dies meer aan staatsonderdane en wat op die grondslag van *geometriese gelykheid* vereis dat daar by sodanige toebedelings tussen individue onderskei moet word op grond van persoonlike meriete sodat – soos Gustav Radbruch dit later gestel het[78] – gelykes gelyk en ongelykes ongelyk behandel word;[79]

74 Stoker "Die Beginsel: Eenheid en Differensiasie (Geadstrueer t o v Wysbegeerte en Wetenskapsleer)" Julie/Augustus 1962 *Koers* 20; *Beginsels en Metodes in die Wetenskap* (1961) 133-138 stel wetenskap gelyk aan kennis (die kenresultaat), te wete kennis wat opsetlik in die brandpunt van ons belangstelling geplaas is, wat soveel moontlik geverifieer (begrond en bewys) is, wat soveel moontlik sistematies uitgebou is, en vir die vorming daarvan soveel moontlik van tegniese metodes gebruik gemaak is.

75 Op die voetspoor van Dooyeweerd definieer Spier *Inleiding in de Wijsbegeerte der Wetsidee* (1950) 12 wetenskap as uiteenstellende en teenoorstellende sistematiese denke. Vgl Dooyeweerd *De Modale Structuur van het Juridisch Oorzakelijkheidsverband* (1952) 23: "In de theoretische, wetenschappelijke denkhouding worden deze aspecten, die in de voortheoretische ervaring in-een worden gevat, uiteen en tegenoverelkander gesteld."

76 Vollenhoven *Hoofdlijnen der Logica* (1948) 13 onderskei "wetenskap" as daad (vgl Dooyeweerd) en "wetenskap" as resultaat (vgl Stoker), sonder om dit egter nader te omskryf.

77 Vgl in die breë Salomon *Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristotelés* (1937); Trude *Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristoteloschen Rechts- und Staatsphilosophie* (1955); Dooyeweerd "Een Nieuwe Studie over het Aristotelisch Begrip der Gerechtigheid" 1958 *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 3; van der Vyver "Die Regsleer van Aristotelés (384-322): 'n probleemstelling" 1962 *Koers* 224.

78 *Vorschule der Rechtsphilosophie* 2e Aufl (1959) 1: "Sie bedeutet Gleichbehandlung Gleicher, Ungleichbehandlung Ungleicher nach gleichem Maszstab ..."; en vgl ook Friedmann *Legal Theory* (1967) 21.

79 In *Ethica Nicomacheia* 5 3 6 stel Aristotelés self dit soos volg: "Daar moet dieselfde gelykheid tussen die persons bestaan as tussen die objekte: die verhouding wat daar tussen die objekte bestaan, moet ook tussen die persone gehandhaaf word. Want as die persone nie gelyk is nie, sal hulle dele nie gelyk wees nie; en dit is die bron van geskille en beskuldigings, naamlik as persone wat gelyk is nie gelyke dele ontvang nie, of as persone wat nie gelyk is nie wel gelyke dele ontvang." Vgl ook 5 3 7 waar hy kortweg verklaar dat elkeen "ooreenkomstig sy meriete" moet ontvang.

b die *ruilgeregtigheid*, wat te make het met die sogenaamde vrywillige regsverkeer (kontrakte) en onvrywillige regsverkeer (delikte) en wat op die grondslag van *aritmetiese gelykheid* 'n volkome balans tussen prestasie en teenprestasie by kontrakte en tussen skade/nadeel en skadevergoeding/genoegdoening by delikte vereis sonder dat enige subjektiewe kwaliteite van die persone wat by die bedoelde verhoudings betrokke is, by die berekening van daardie balans in aanmerking geneem word; en
c die *vergeldende geregtigheid*, wat met alle privaat- en publiekregtelike skuldverhoudings te make het en wat weer handhawing van 'n geometriese gelykheidsmaatstaf vereis.

De Groot reken tot die natuurreg in enge sin alleen die Aristoteliese ruilgeregtigheid;[80] en hoewel hy die onderskeid wat Aristoteles tussen geometriese en aritmetiese gelykheid as indelingsbeginsel van die verskillende verskyningsvorms van besondere geregtigheid maak, aan kritiek onderwerp,[81] het hy die matematiese grondslag van die Aristoteliese geregtigheidsbegrip klaarblyklik nie prysgegee nie. Die matematiese maatstawwe wat deur Aristoteles aangelê is om die gelykheidsnorm van geregtigheid te bepaal (aritmetiese getalle- en ekonomiese waardeverhoudings), pas inteendeel goed in by De Groot se scientialistiese benadering.

Dooyeweerd wys in verband met Aristoteles se analise van geregtigheid insiggewend daarop dat gebruikmaking van a-juridiese (aritmetiese en geometriese) gelykheidskriteria om juridiese geregtigheid van inhoud te voorsien, neerkom op 'n miskenning van die soewereiniteit in eie kring (onherleibare eie aard en eiesoortige gelding)[82] van die regsaspek van die werklikheid, en daarom gee dit tot anomalieë aanleiding.[83] Dit geld soveel te meer vir De Groot omdat dit by hom nie net gaan om die matematiese fundering van 'n bepaalde juridiese begrip nie: hy wil die ganse regswerklikheid deur 'n natuurwetenskaplike bril betrag.

## 6 PARSIËLE UNIVERSALISME

Die invloed van Aristoteles skemer ook deur as dit op De Groot se beskouing aangaande die verhouding tussen besondere (indiwiduele) en algemene (universele) verskynsels in die werklikheid aankom.

In hierdie verband onderskei Vollenhoven drie fundamentele standpunte wat in die geskiedenis van die wysbegeerte ten aansien van die vraag aangaande die verhouding tussen algemene en besondere verskynsels in die kosmos uitgekristaliseer het:[84]

80 *De Jure Belli ac Pacis* prol 10.
81 *idem* 1 1 8 2.
82 Vgl daaroor in die breë Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap* (1982) 29-34.
83 "Een Nieuwe Studie Over het Aristotelisch Begrip der Gerechtigheid" (*idem* vn 77 *supra*) 39-40; en vgl ook 50-51.
84 *Geschiedenis der Wijsbegeerte* vol I 41.

a Die *indiwidualisme*, wat die realiteit van alleen indiwiduele verskynsels erken en algemene verskynsels slegs as die optelsom van besondere dele van die geheel beskou. As 'n mens die algemene wil ken, moet jy die indiwiduele dele bestudeer en eenvoudig saamstel. Vir sover die indiwidualisme van algemene verskynsels rekenskap probeer gee, word dit beskryf as hoogstens 'n naam (nominalisme) of 'n denkbeeld (konsepsionalisme) wat willekeurig aan 'n groep besondere verskynsels gegee of van 'n aantal indiwiduele dinge gevorm word.[85]

b Die *universalisme*, wat daarenteen algemene verskynsels as die belangrike beskou en leer dat indiwiduele dinge slegs 'n afgeleide bestaan voer. Gewoonlik poog universaliste om 'n rangorde van algemene verskynsels te bepaal ten einde 'n sogenaamde hoogste gemeenskap te ontdek en sodat die minder belangrike tot die meer belangrike verskynsels in 'n verhouding staan van 'n middel tot 'n doel.

c Die *parsiële universalisme*, wat aan sowel besondere as algemene verskynsels 'n mate van selfstandigheid toesê. Hier tref 'n mens ook weer twee variasies aan. Die *parsiële universalisme met makro-mikrokosmostema* laat die indiwiduele en universele dinge naas mekaar bestaan en beklee elk met presies dieselfde eienskappe (soos in Plato se staatsleer waar hy te kenne gee dat die staat 'n makrokosmiese ewebeeld van die indiwiduele mens is). Die *parsiële universalisme met vorm- materieskema* beskou die algemene en besondere as verskillende aspekte van dieselfde ding en aan die een word 'n hoëre en die ander 'n laere plek toegesê (soos in Aristoteles se ontologie waarvolgens elke ding – stof, plant, dier en mens – uit vorm (*morphé*) en materie (*hylè*) saamgestel is).

De Groot se standpunt aangaande die onderhawige wysgerige probleemstelling (die verhouding tussen algemene en besondere entiteite) kan aan die hand van sy sosiale verdragsteorie gerekonstrueer word.

Die essensiële aspekte van die sosiale verdragsteorie word deur Friedmann soos volg saamgevat:[86]

> "From 'n state of nature, in which they have no law, no order, no government – this state of affairs appears to some writers as a paradise, to others as chaos – men have at some time passed to a state of society, by means of a contract in which they undertake to respect each other and live in peace (*pactum unionis*). To this contract is added simultaneously or subsequently a second pact by which the people thus united undertake to obey a government which they themselves have chosen (*pactum subiectionis*)."

Jellinek beskou die sosiale verdragsteorie as 'n noodsaaklike uitvloeisel van

85 Die bekende standpunt dat 'n regspersoon 'n denkbeeldige of fiktiewe bestaan het (vgl De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg (1964) 462 – 'n standpunt wat in die 4e uitg deur De Wet en Van Wyk (1978) 528 klaarblyklik prysgegee is), berus op 'n tipies indiwidualistiese uitgangspunt.

86 *Legal Theory* 118.

daardie wysgerige uitgangspunt wat positivisme[87] genoem kan word.[88] Dit is egter te betwyfel of die stelling só algemeen gemaak kan word. Hoewel die leerstuk van die sosiale verdrag op 'n subjektivistiese basis berus, is dit nie die enigste verklaring vir die ontstaan van die staat en/of van owerheidsgesag wat onder die vaandel van subjektivisme vaar nie. Daarbenewens het die sosiale verdragsteorie sy hoogste bloeitydperk reeds in die sewentiende eeu beleef terwyl die positivisme eers in die negentiende eeu op die voorgrond getree het. Elders beklemtoon Jellinek ook die indiwidualistiese implikasies van die teorie,[89] maar indiwidualisme moet ook nie as 'n *sine qua non* van die idee van 'n sosiale verdrag beskou word nie.

Dat De Groot met sy leer van die sosiale verdrag nie baanbrekerswerk gedoen het nie, staan vas. Die eerste moderne ontwerp van die leerstuk word deur Friedmann aan Marsilius van Padua (1270-1343) toegeskryf,[90] maar volgens Jellinek kon daar by hom en ander middeleeuse skrywers hoogstens van 'n *pactum subiectionis* sprake wees.[91] Hy wys naamlik op twee faktore wat gedurende die middeleeue in die weg van 'n volledige sosiale verdragsteorie gestaan het: enersyds het die middeleeuse kerkleer die standpunt laat posvat dat die staat sy oorsprong te danke het aan 'n goddelike wilsakte as gevolg van die erfsonde; en andersyds het die oorheersende invloed van Aristoteles, wat die oorspronklike vereniging van mense in 'n staatsverband as 'n historiese feit aanvaar het, en 'n nadere presisering van die wyse waarop dit geskied het, agterweë laat bly het.[92] Jellinek verwerp eweneens Gierke se standpunt dat Althusius (1557-1638) die eerste moderne wetenskaplike teorie van 'n sosiale verdrag ontwerp het aangesien nie die indiwiduele mens nie maar stede en provinsies volgens Althusius die kontrakspartye is.[93] Jellinek volg die vóór-geskiedenis van die sosiale verdragsteorie vanaf Protagoras (± 481-411 vC), die Sofis, sien 'n besondere hoogtepunt in die ontwikkeling van die leerstuk by die volgelinge van Epikouros (± 341-271 vC), en skryf die verdere ontwikkeling van die teorie veral aan Joodse en Romeinse geleerdes toe.[94] De Groot se bydrae in dié verband moet ook maar as 'n skakel in die vóór-geskiedenis van die teorie gesien word, want Jellinek besluit dat die leerstuk van die sosiale verdrag sy "epochmachen-

87 Vgl vn 68 *supra*.

88 *Allgemeine Staatslehre* (1960) 202: "Zu solcher Auffassung muszten schlieszlich alle die gelangen, welche das Gerechte als Resultat menschlicher Satzung ansahen, da ihnen der nomos nur als Ergebnis einer Vereinbarung der Volksgenossen erscheinen konnte." ("Tot sodanige opvatting moet ten slotte al daardie standpunte behoort wat die geregverdigde/billlikheid as resultaat van menslike positivering beskou aangesien die reg slegs as die resultaat van 'n ooreenkoms van volksgenote in die lewe geroep kan word.")

89 *idem* 205: "Eine konsequente Durchfuhrung der Idee des Sozialvertrages hätte notwendig zur Idee des souveränen Individuums als der Quelle aller Organisation und Herrschaft geführt ..." ("'n Konsekwente deurvoering van die idee van die sosiale verdrag sou noodwendig tot die idee van die soewereine indiwidu as die doel van alle organisasie en heerskap lei.")

90 *Legal Theory* 117.

91 *Allgemeine Staatslehre* 204.

92 *idem* 204-205.

93 *idem* 206.

94 *idem* 201-207.

de wissenschaftliche Laufbahn'' eers met Thomas Hobbes (1588-1679) begin.[95]

Met die oog op die uiters kernagtige uitlating wat De Groot in dié verband maak,[96] kan kortweg gekonstateer word dat hy sowel 'n *pactum unionis* as 'n *pactum subiectionis* konstrueer; en verder dat hy die sluiting van sodanige verdrae nie bloot as 'n hipotetiese konstruksie van die verstand beskou nie maar dit as 'n historiese feit voorhou. Hierdie verdrae kan volgens hom òf uitdruklik òf stilswyend gesluit word en wel op die basis dat die minderheid hom aan die wil van die meerderheid moet onderwerp.[97] As sodanig is die sosiale verdrag, wat sy verbinteniskrag aan die natuurregsbeginsel *pacta sunt servanda* ontleen, ''die moeder'' van die positiewe reg.[98] En die doel van die kontraktuele vereniging van mense in 'n staatsverband is om beskerming te bied aan die indiwidue wat sonder hulle verbinding in 'n staatlike eenheid nie bestand sou wees teen die aanslae van die sterkeres nie.[99]

Verder kan gemeld word dat De Groot ook die oorsprong van nie-staatlike verbande ten dele[100] aan ooreenkoms toeskryf.[101]

De Groot skets telkens die mens enersyds as indiwidu maar andersyds as lid van 'n staatlike of ander maatskaplike verband. Daar is by hom nie slegs sprake van 'n *indiwiduele wil* wat meewerk tot die sluiting van die oorspronklike sosiale verdrae nie, maar ook van *communis consensus* (die groepswil) wat aan die *ius gentium* ten grondslag lê en die natuurregtelike aard van 'n bepaalde norm *a posteriori* bevestig. Daarom kan hy, ooreenkomstig Vollenhoven se terminologie, as 'n parsiële universalis getipeer word. Aangesien hy nie aan die *communis consensus* enige mate van selfstandigheid naas die indiwiduele wil van die enkele persoon laat toekom nie maar die algemene en besondere wil in die verhouding van vorm en materie naas mekaar stel, kan sy wysbegeerte nader as parsiële universalisme met vorm-materieskema geklassifiseer word. In dié opsig volg hy die voetspoor van Aristoteles en gaan hy die soortgelyke benadering van byvoorbeeld John Locke[102] vooraf.

95 *idem* 207.
96 *De Iure Belli ac Pacis* prol 15.
97 *ibid.*
98 *idem* prol 16.
99 *idem* prol 19.
100 Op 2 5 1 sonder hy prokreasie, *toestemming* en onregmatige daad uit as faktore wat aan een persoon gesag oor 'n ander verleen.
101 Vgl in die algemeen hieroor 2 5.
102 Locke skep die skyn van indiwidualisme met twee kernagtige uitsprake. Alle dinge wat werklik bestaan is indiwidueel (*An Essay Concerning Human Understanding* edited with an introduction by J W Yolton (1961) 3 3 1, 6 en 11); en die *universalia* (algemene begrippe) word deur die rede gefabriseer (vgl bv 2 24 3 en 3 3 11-14). Dit blyk egter per slot van sake dat hy in der waarheid met parsiële universalisme opereer waarby die universele vorm in die indiwiduele materie van die dinge fungeer as die essensie daarvan. (Vgl bv 3 3 12 en ook 3 3 14, wat laat blyk dat algemene begrippe tekens van abstrakte ideë in die rede is, welke abstrakte ideë gelyk is aan die essensie van die species; 3 3 13, wat laat blyk dat die abstrakte ideë wat die essensie van die *species* konstitueer, die middel is wat 'n besondere entiteit in 'n bepaalde *genus* verbind; en ook 3 3 15, wat laat blyk dat die bedoelde abstrakte ideë wat die algemene vorm van besondere dinge konstitueer, *ante res* in die kennende gees gevorm en van 'n algemene naam voorsien word.)

## 7 SAMEVATTING

Indien 'n mens dan vervolgens en ten slotte De Groot se natuurregsleer uit die greep van wysgerige interpretasies loswikkel en van dogmatiese etikette bevry, kom dit kortliks op die volgende neer:

Die natuurreg is vir sy bestaan nie van God afhanklik nie. Die bestaan en inhoud daarvan kan ook nie met 'n analise van die natuur in die algemene sin vasgestel word nie. Dit kan egter wel *a priori* (suiwer rasioneel) uit die besondere natuur van die mens, en meer bepaald die mens se natuurlike sosiale ingesteldheid (*appetitus societatis*) en redelike eienskappe, afgelei word.

Die natuurreg wat aldus geïdentifiseer kan word, kan in die breë beskryf word as voorskrifte van die gesonde verstand wat vir jou aandui of 'n bepaalde handeling eties goed of sleg is. Die besondere reëls van die natuurreg wat in dié sin deur jou gesonde verstand voorgeskryf word, kan tot vier basiese beginsels herlei word:

a hou jou hande van andermansgoed af en gee aan elkeen wat hom toekom;
b eerbiedig jou afsprake en ooreenkomste;
c vergoed die skade wat deur jou skuld 'n ander persoon aangedoen word; en
d verduur straf vir jou misdade.

Deur vervolgens te let op die gemeenskapsopvattinge kan *a posteriori* (agterna) bevestiging gekry word dat hierdie norme wel natuurregtelik van aard is. Dit kan naamlik met redelike sekerheid aangeneem word dat norme wat algemeen nageleef en aldus deur die *communis consensus* bevestig word, as voorskrifte van die gesonde verstand, in die hierbo omskrewe sin, beskou kan word.

Terwyl die *communis opinio gentium* as aanvullende bewys van die natuurreg dien, is dit die enigste grondslag van die *ius gentium*.

Alleen die Aristoteliese ruilgeregtigheid, wat volstrekte (matematiese) gelykheid tussen prestasie en teenprestasie by kontrakte en skade en skadevergoeding by delikte vereis, kan by die geregtigheidsbegrip in enige sin ingereken word.

Die staat dank sy ontstaan aan, en staatsgesag spruit voort uit, 'n *pactum unionis* en *pactum subjectionis* (respektiewelik). Hierdie sosiale verdrae ontleen hulle verbinteniskrag aan die natuurregsbeginsel *pacta sunt servanda*. Daarom is die geldingskrag van positiewe reg ook in laaste instansie op hierdie selfde natuurregsnorm gefundeer.

Uit hoofde van die natuurregtelik gefundeerde kontraktuele grondslag van owerheidsgesag, staan dit die regsvormer vry om betreklik willekeurig reg te skep. Die natuurreg dui egter die grense van daardie willekeur aan. Dit wil sê, die positiewe reg kan enigiets gebied wat nie deur die natuurreg verbied word nie en enigiets verbied wat nie deur die natuurreg gebied word nie. Hieruit blyk dat wetgewing wat met die breë beginsels van die natuurreg in stryd sou kom, volgens De Groot nietig sou wees. □

# Die betekenis van De Groot vir die internasionale reg

GN Barrie
*BA LLD*
*Professor in die Staats- en Volkereg aan die Randse Afrikaanse Universiteit*

"It is acknowledged by everyone that the publication of the *De Iure Belli ac Pacis* made an epoch in the philosophical and almost, we might say, in the political history of Europe. Those who sought a guide to their own conscience or that of others, those who dispensed justice, those who appealed to the public sense of right in the intercourse of nations, had recourse to its copious pages for what might direct or justify their actions. Within thirty or forty years from its publication we find the work of Grotius generally received as an authority by professors of the continental universities, and deemed necessary for the student of civil law ... The book may be considered as nearly original in its general platforms as any work of man in an advanced stage of civilization and learning can be. It is more so perhaps, than those of Montesquieu and Adam Smith. No one had before gone to the foundations of international law so as to raise a complete and consistent superstructure."

Hallam *Literary History* bd 3 181

**SUMMARY**

**The Importance of Grotius for International Law**

The international law philosophy of Grotius represents a major turning point of Western political thought. His works on international law have attained the rank of classics not only because they reveal philosophical depth and penetration but also because they are perennially fresh and exciting and as relevant today as when they were first written. The Grotian view of international law typifies an entire school of thought that is of direct and vital concern today.

Grotius virtually raised a complete and consistent superstructure emphasising 'Justice' not only as the root and essence of international law, but also as an underlying universally accepted belief.

His greatest merit is that he managed to shape a system which demonstrates unequivocally the need for law to organise all the mutual relations of modern states.

Dit is onteenseglik so dat Hugo de Groot die vader van die moderne internasionale reg is. Sy *De Iure Belli ac Pacis* het die internasionale reg 'n nuwe inhoud en dimensie gegee – 'n inhoud wat vandag steeds die internasionale reg oorheers, nl dat die verhouding tussen beskaafde state gebaseer is op die reg en moraliteit.

Hierdie beginsel van De Groot het die finale breuk veroorsaak met die opvattings aangaande die internasionale reg wat tydens die middeleeue geheers het. De Groot se siening van die internasionale reg het die gees van die Reformasie geadem en het die mensdom bevry van die oordrewe teokratiese denkrigtings wat op daardie tydstip oorheersend was.

Voor De Groot se *De Iure Belli ac Pacis* was die internasionale reg gefundeer op die eenheid van die Kerk en die gesag van die Pous. Volgens De Groot moes die internasionale reg gefundeer word op 'n algemeen aanvaarde siening van wet en orde – nie op geloof en die gesag van die Kerk nie. Ons vind in *De Iure Belli ac Pacis* die volledige uiteensetting van De Groot se regsfilosofie en sonder 'n begrip van hierdie regsfilosofie kan De Groot se *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* ook nie ten volle begryp word nie.[1]

Aangesien die pouslike gesag so ondermyn was, het De Groot die mening gehuldig dat 'n nuwe onderbou geskep moes word waarop die internasionale reg kon staan. Hierdie onderbou moes volgens De Groot bestaan uit 'n nuwe fundamentele begrip van die *Reg*. Hierdie nuwe begrip van *Reg* moes die verhouding reël tussen een individu en ander individue, tussen die individu en die staat, en tussen state onderling. Hierdie nuwe filosofie het egter 'n *a priori*-begrip veronderstel van wat reg en behoorlik is en elke individu moes met wat reg en behoorlik is konformeer. In sy sosiale omgang met ander individue moes die individu besef dat 'n gemeenskap van mense alleenlik kan bestaan as die individu van sy natuurlike vryheid opoffer vir die algemene welsyn van die gemeenskap as geheel. Die staat se bestaan is dan gebore uit die wil van almal en daardie gemeenskaplike wil reguleer dan die staat. Op dieselfde wyse as wat hierdie gemeenskaplike wil dan verskeie state vorm, so is daar ook 'n *gemeenskaplike wil* onder al die state wat die gemeenskap van state lei in hul verhoudings met mekaar. Hierdie gemeenskaplike wil van state wat almal se onderlinge verhoudinge reël, het De Groot die *Reg van State* of die internasionale reg genoem.

Die hele doel van De Groot se *De Iure Belli ac Pacis* was om 'n einde te bring aan die lighartige manier waarop veral Christelike state teen mekaar oorlog gevoer het. Die geweldige oorloë waardeur Holland geworstel het, het De Groot bewus gemaak van die onmenslike en wrede handelinge wat met oorlog gepaard gaan, en hy wou die geweldpleging – wat 'n noodsaaklike element van oorlog was – in 'n mate reguleer. Volgens De Groot het die mens 'n plig teenoor God om nie sy medemens te mishandel nie. Net so het elke staat 'n plig teenoor God om nie individue van ander state in stryd met die wil van God en die leerstellinge verkondig deur Christus te mishandel nie.

1 JW Wessels *History of the Roman Dutch Law* (1908) 271.

Van hierdie basiese uitgangspunt van De Groot se internasionale regsfilosofie sê twee skrywers, die een 'n president van die Internasionale Geregshof en die ander 'n bekende skrywer van twee eeue gelede, die volgende:

> "His greatest merit is that he shaped a system which, by demonstrating the need of law to organise all the mutual relations of modern States, did much to repair the loss of unity resulting from the disintegration of the mediaeval system"[2]

en:

> "We may probably be safe in assuming that it is to his comprehensive mind and learning that the law as construed at present has chiefly owed its distinguishing regularity."[3]

De Groot was by uitstek aangelê om die teorie en die praktyk by mekaar uit te bring. As adviseur van sy regering, veral op die gebied van die maritieme reg, het hy telkens oortuigende argumente die lig laat sien ter ondersteuning van die beginsel van die vryheid van die see. Die ontwikkelende internasionale seehandel en die noodsaaklikheid daarvan vir Holland se vooruitgang het De Groot genoop om heelwat daaroor te skryf. Sy *Mare Liberum* is vandag steeds die beroemdste werk oor die reg van die see.

Alvorens daar egter na De Groot se bydrae tot die praktyk van die internasionale reg oorgegaan word moet De Groot se basiese filosofie verstaan word. Sonder teenspraak is De Groot seker die beroemdste internasionale regsgeleerde wat sy leerstellinge laat lei het deur die filosofie van die natuurreg.[4] Onder De Groot se voorgangers op hierdie gebied is die Spaanse teoloë en regsgeleerdes Francisco de Vitoria (1480-1546) en Suarez (1548-1617). Onder De Groot se navolgers as natuurregfilosoof is Samuel Pufendorf (1632-1694).

Vitoria en Suarez het die natuurregfilosofie van Thomas van Aquinas (1226-1274) baie eng nagevolg. Die kern van hul filosofie was dat alle menslike wette by God ontstaan en aan Hom ondergeskik is. Die natuurreg is deels opgeneem in die Heilige Orde en deels deur die Bybel geopenbaar. De Groot, in teenstelling hiermee, was 'n rasionalis wat die beginsels van sy natuurreg ontleen het aan die *universele rede* en nie aan enige heilige oord nie. Twee voorbeelde van De Groot se beginsels van die natuurreg wat uit die universele rede ontstaan, is *pacta sunt servanda* en die reël dat restitusie moet geskied as een individu 'n ander skade berokken het. Hierdie twee beginsels wat De Groot uit sy siening van die natuurrreg voortbring, het so deur die jare ontwikkel en is so algemeen deur state aanvaar dat hulle vandag aanvaar word as deel van die "algemene beginsels van die reg soos aanvaar deur beskaafde nasies." Dieselfde kan gesê word van De Groot se natuurregtelike beginsel rakende die vryheid van die see.

Wat is egter die essensiële natuurregtelike grondslae van De Groot se internasionale reg? Sonder 'n begrip daarvan kan De Groot se bydrae tot die internasionale reg geensins in sy totaliteit verstaan word nie.

2 Manfred Lachs "Teaching and Teachings of International Law" *Recueil Des Cours* 1976 (III) 191.

3 R Ward *An Enquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe from the Time of the Greeks and the Romans to the Age of Grotius* Vol II (1795) 604.

4 W Friedmann "General Course in Public International Law" *Recueil Des Cours* 1969 (II) 57.

Kortliks gestel, blyk dit duidelik uit De Groot se geskrifte dat hy die grondbeginsels van sy natuurreg put uit die Romeinse Stoïsyne soos daardie Stoïsynse etiek deur die kerkvaders en die Spaanse juriste-teoloë ontwikkel is.

Die drie grondbeginsels van De Groot se natuurreg was eerstens die beginsel dat daar een reg is vir die hele wêreld. Tweedens dat alle mense een groot gemeenskap vorm. Derdens dat daar 'n analogie is tussen mens en gemeenskap, tussen kleinere en grotere gemeenskappe; dat daar 'n mikrokosmos en 'n makrokosmos bestaan. Hierdie drie beginsels hang baie nou saam en is ineengestrengel. Volgens Fortuin:

> "Zij hebben alle drie een byzondere beteekenis, nauw verbonden met de stoïsche wereldbeschouwing."[5]

Wat die eerste grondbeginsel van De Groot se natuurreg betref, het Socrates reeds verkondig dat daar bo die wette van die staat ongeskrewe wette is, afkomstig van die wil van die gode, wat 'n hoër gelding het teenoor alle mense in alle state. Cicero beeld hierdie gedagte uit in sy beroemde woorde:

> "Est quidem vera lex recta ratio, natura congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna ... nec erit alia lex Romae, alia Athenis; alia nunc, alia posthac."[6]

In De Groot se *De Iure Belli ac Pacis* stel hy dit as 'n feit dat daar *een iustitia* is. Hierdie is 'n algemene reg geldend vir alle mense. Die bron van hierdie reg is die *appetitus societatis,* die *societatis custodia.*[7] Tot hierdie algemeen geldende reg behoort die reël om jou te onthou van wat aan ander behoort; om skade berokken te vergoed; om beloftes na te kom; om verdiende straf op te lê.

De Groot se standpunt dat as straf deur 'n staat verdien word, dit wel opgelê en uitgevoer moet word, bring sy regverdige oorsake vir oorlog na vore.

Die drie regverdige oorsake vir oorlog is dan volgens De Groot: verdediging, terugverkryging van goedere, en straf. Hierdie gedagte van De Groot blyk nie net uit sy *De Iure Belli ac Pacis* nie, maar ook uit sy verhandeling oor die reg op buit *De Iure Praedae*:

> "Quare his qui gerunt voluntarie, id bellum iustam habet causam, quo vitam aut res defendunt aut recuperatum eunt, idve quod debetur aut poenas maleficii expetunt".[8]

Aangesien De Groot se gedagte van 'n regverdige oorlog (just war) so 'n geweldige invloed op die internasionale reg gehad het, kan daar hier kortliks by De Groot se gedagtegang op hierdie punt stilgestaan word. Volgens De Groot verhinder die suiwere rede *(recta ratio)* en die natuur van die menslike gemeenskap *(natura societas)* nie alle geweld nie. Wat wel verbied word, is geweld in stryd met die gemeenskap, naamlik geweld wat 'n ander se reg wegneem. Sulke oortredings kan wel regverdig met geweld gestraf word. Het die Allerhoogste dan

5 H Fortuin *De Natuurrechtelijke Grondslagen van De Groot's Volkenrecht* (1946) 163.
6 Cicero *De re publica* L III c 22.
7 *De Iure Belli ac Pacis* Prolegomena 5, 6 en 8.
8 *De Iure Praedae Commentarius* Red Hamaker 70-71.

nie Abraham se vyande aan Abraham oorgelewer nie? Het God nie hulp gegee in die stryd teen die Amalekiete nie? Vandaar dan die regverdige oorlog.

Die tweede belangrike natuurregbeginsel van De Groot is dat daar 'n gemeenskap van alle mense bestaan. Ook hier is De Groot sterk beïnvloed deur die Stoïsyne. Vir die Stoïsyne is die menslike gees "in wezen gelijk aan de wêreld rede en als zoodanig is de mensch een van nature tot gemeenschap bestemd wezen."[9] Volgens die Stoïsyne, al was Rome die stad en vaderland van die Romein, was hy ook mens van die wêreld. Hierdie gedagte loop soos 'n goue draad deur die geskrifte van Cicero, Seneca, Epictetus en Marcus Aurelius. Vir Cicero is daar een regstelsel wat die *hominum societas* bymekaarhou. Hierdie universele reg is vir ewig, *aeternum quiddam*, en dit bestuur en lei die ganse wêreld.[10] Ook Seneca sien een gemeenskap van alle mense en predik medelye, verdraagsaamheid en liefde teenoor alle mense. Vir hom is die mens 'n sosiale wese gebore om die gemeenskaplike welsyn te dien.[11]

Vanaf die Stoïsyne loop hierdie gedagte oor na, en word dit gepropageer deur, die Kerkvaders wat sterk gestaan het op die gedagte dat daar nòg Jood nòg Griek is; nòg slaaf nòg vryman; nòg man nòg vrou, maar almal een in Christus.

Hierdie gedagte van een menslike geslag afhanklik van mekaar maak 'n geweldige indruk op De Groot, en hy poog dan ook om dit prakties toe te pas in sy werke. Gevolglik verkondig hy dat daar een reg vir alle volke is en dat dié reg geen onderskeid tussen Christene en andersgelowiges, tussen gekleurdes en wittes, tussen Ooste en Weste ken nie. Hierdie Stoïsynse begrip vorm die skering en inslag van De Groot se *De Iure Belli ac Pacis*. Hierdie gemeenskap van alle mense word met verskillende terme in De Groot se werke beskryf nl die *communis societas Generis humani; communis illa ex humano Genere constans societas; magna illa communitas; magna illa universitas; maior illa gentium societas; mutua gentium inter se communitas* en die mees voorkomende een, *humana societas*.[12]

Volgens De Groot bepaal hierdie universele reg dan ook dat state nie teenoor mekaar onregte mag pleeg nie. Indien 'n staat wel 'n onreg pleeg, mag hy gestraf word – nie alleen deur die veronregte nie maar deur al die state want 'n onreg aan een staat is 'n onreg aan alle state. Indien 'n staat geroepe sou voel om nie sy medestaat of medestate met die strafaksie hulp aan te bied nie, moet hy hom neutraal gedra. Vandaar De Groot se aanvanklike bydrae tot die begrip neutraliteit. Volgens De Groot moes so 'n neutrale staat niks doen om die oortreder te help nie en mag hy ook niks doen om daardie state wat die "rechmatige krijg" voer te belemmer nie. Hierdie leerstelling van De Groot rakende neutraliteit in oorlogstyd is later in detail deur internasionale regsgeleerdes uitgewerk.

Die derde hoeksteen van De Groot se filosofie van die natuurreg is die analogie tussen die mens en sy gemeenskap en die state en hul gemeenskap. Net soos

9 Fortuin *op cit* 187.
10 Cicero *De Legibus* I 15, 42.
11 Seneca *De Clementia* I 3, 2.
12 *De Iure Belli ac Pacis* I 5, 2:1; III 9, 18:1; III 19, 1:2.

individue in die staat aan algemene reëls gebonde is, is state aan algemene reëls gebonde. President Wilson van die VSA stel hierdie gedagte pertinent in die woorde:

> "The same standards of honour and ethics shall prevail internationally and in affairs of nations as in other matters."[13]

Vir De Groot was daar geen dubbele moraliteit – een vir die individu en een vir staat – nie. Binnelandse misdadigers wat die vrede verstoor, word op dieselfde manier bestraf as buitelandse misdadigers wat die internasionale vrede verstoor.

Weer eens is die invloed van die Stoïsyne op De Groot duidelik. Seneca het beweer: Ons gaan manslag teë maar wat van oorloë en die moorde van hele volke? Cyprianus deel hierdie sentimente en sê: Wanneer 'n enkeling manslag pleeg is dit 'n misdryf, maar wanneer dit van staatsweë geskied is dit 'n edele daad.[14] Hierdie twee stellings duik herhaaldelik op in De Groot se *De Iure Belli ac Pacis.*

Hierdie gelykstelling van die regsbeginsels geldend binne die nasionale staat en die regsbeginsels geldend op state in hulle verhoudings met mekaar, is 'n kenmerk van De Groot se leerstellinge en het dan ook in die moderne internasionale reg inslag gevind.

Tereg verklaar Knight:

> "He made of Justice the foundation, clearly and succinctly such, of his system. And at the same time it was the obvious binding substance of the structure of his system. His detailed examination of public and private law easily recalled to men's minds the inevitableness of Justice as both root and essence of that law, the law of war and of peace, as to a development of a similarly constituted law."[15]

'n Bespreking van De Groot se siening van die natuurreg en die invloed daarvan in sy werke bring noodwendig sy begrip van *ius gentium* na vore. Volgens De Groot is *ius gentium* 'n deel van die *ius voluntarium*, dit is mensgemaakte reg; positiewe reg. Dit ontleen sy bindende krag aan die ooreenstemmende wil van volke en dit strek nie verder as volke se wesenlike, uitdruklike of stilswyende ooreenkomste of instemming nie. Verander state hul instemming dan verander die *ius gentium* daarmee saam. Gevolglik het die *ius gentium* 'n veranderlike inhoud: in teenstelling met die natuurreg wat gegrond is op billikheid en etiek, is die *ius gentium* in wese nuttigheidsreg. Dit is ongeskrewe en blyk uit die gewoontes van state, en derhalwe is dit ook gewoontereg en die produk van tyd, gebruik en gereelde beoefening. Volgens De Groot moet die onderskeid tussen natuurreg en *ius gentium* streng gehandhaaf word. Volgens die natuurreg mag die mens gestraf word vir 'n oortreding waar hy ook al hom mag bevind. Volgens die *ius gentium* is hierdie reël nie op diplomate van toepassing nie.[16] Die natuurreg het nie slawerny aanvaar nie – die *ius gentium* wel.

'n Kenmerk van De Groot se *ius gentium* is juis dat dit op die gemeenskap-

13 DH Miller *The Drafting of the Covenant* Vol II (1928) 7.
14 Fortuin *op cit* 220.
15 Knight *The Life and Works of Hugo Grotius* (1925) 210.
16 J Kosters *Het Ius Gentium van Hugo de Groot en Diens Voorgangers* (1924) 12.

like wil van volke berus en tot almal se gemeenskaplike nut is. Reeds die Romeine het dit duidelik gestel dat die *ius civile* van Rome nie die *ius gentium* van die Romeinse Ryk is nie. De Groot se beskrywing van die *"ius gentium"* en die drie natuurregtelike pilare van sy filosofie vind 'n moderne neerslag in Clive Parry se siening van die geskiedkundige agtergrond van die internasionale reg:

> "If we accept, as we must, that there is such a system – a world constitution, we may see at once why the more technical and detailed parts of international law, upon the historical development of which it is usual to concentrate, look so much like private law 'writ large', and how the triple threads of natural law, of the ius gentium and of aspects of the canon law can have come to combine to form them ... There was in fact something like a ius gentium, a common municipal law; and this was at the same time a law between states."[17]

Heelwat vooraanstaande skrywers, waaronder Roscoe Pound, voer aan met die doel om De Groot se werke van groter moderne toepassing te maak, dat De Groot die natuurreg gesekulariseer het en van die teologie geëmansipeer het.[18] Feit is egter dat De Groot 'n vroom Christen was en dat die goddelike reg 'n prominente deel uitmaak van die regsisteem soos uiteengesit in die *De Iure Belli ac Pacis* en die *De Iure Praedae*. In De Groot se onderskeid tussen die *ius naturale* en die *ius voluntarium* stel hy dit baie duidelik dat die natuurreg van God afkomstig is. Die *ius voluntarium humanum* is afkomstig van die menslike wil en sluit in die *ius gentium*. Die goddelike reg bly 'n essensiële kenmerk van De Groot se hele ontleding van die internasionale regsisteem.

Die vraag wat natuurlik nou ontstaan, is of 'n regsisteem wat deur De Groot se godsdienstige oortuigings sterk beïnvloed is, relevant kan wees in 'n wêreld van gelowiges en ongelowiges, van botsende ideologieë? Kan 'n enkele regsisteem aanvaarding kry by Israel *en* die Arabiese state, by die kommunistiese *en* die kapitalistiese wêreld?

Indien aanvaar word dat 'n universeel aanvaarde internasionale reg gebaseer op 'n universeel aanvaarde natuurreg en goddelike reg onmoontlik is, dan is die enigste alternatief 'n internasionale reg gebaseer op die menslike wil. Soos deur Dumbauld gestel:

> "Agreement with respect to practical patterns of conduct and ethical behaviour can possibly be reached without undertaking to achieve universal acceptance of underlying religious or philosophical beliefs".[19]

Ons vind egter dat De Groot se uiteensetting van die internasionale reg tog in die breë aanvaarbaar is vir die statesisteem. Die rede hiervoor kan wees dat De

17 C Parry *Manual of Public International Law* Red M Sorenson (1968) 22.

18 Roscoe Pound "Theories of Law" 1912 *Yale Law Journal* 124. Sien ook Arthur Nussbaum *A Concise History of the Law of Nations* (1954) 108.

19 Edward Dumbauld *Volkenrechtelike Opstellen* (1957) 66. Sien ook AM Stuyt *Volkerrechtelike Opstellen* (1957) 198: "Een typische illustratie van de gespletenheid der na-oorlogse statengemeenschap is te vinden in de gemeenschappelijke verklaring van Washington van 2 Februari 1956 waarin Eisenhower en Eden als volgt beginnen: 'We are conscious that in this year of 1956 there still rages the age old struggle between those who believe the man has his origin and destiny in God and those who treat man as if he were designed merely to serve a State-machine.'"

Groot die natuurreg as die *positiewe* reg weergegee het. Wanneer De Groot verwys na die natuurreg, of die *ius gentium* of die goddelike reg dan stel hy dit as deel van die *positiewe* internasionale reg. Dit kry hy reg deurdat hy sy natuurreg baseer op die *rede* en gesonde rede is in 'n groot mate universeel.

Op hierdie wyse het De Groot dit reggekry om 'n regstelsel te formuleer wat gemeenskaplik was vir die internasionale gemeenskap, vir die *communis societas generis humani*. Hierdie regstelsel was volgens De Groot van toepassing op soewereine state in hulle onderhandelings met mekaar; dit was ook van toepassing op groepe persone wat nog nie tot 'n politieke eenheid ontwikkel het nie; dit was van toepassing op onbeskaafde gemeenskappe; dit was van toepassing op seerowers en diegene wat voëlvry verklaar is.

Dit verklaar dan ook waarom De Groot se *De Iure Belli ac Pacis* aan die begin van die agtiende eeu die regstelsel was waaraan die state van Europa hulle gebonde geag het. Die state van Europa het De Groot se standpunte ook aanvaar omdat De Groot met beide voete gestaan het in die staatkundige werklikheid van sy tyd; erken het dat daar swak state is en sterk state; dit gestel het dat state ook *pligte* gehad het, veral die plig om nie "misdade" teen ander state te pleeg nie "zelfs indien op een fortuinlijk oogenblik de misdaad hun machtspositie zou sterken."[20] De Groot se internasionale regsisteem het vir die state van sy tyd sin uitgemaak. Dit maak nog sin vir die moderne staat uit. Stellings van De Groot tot dien effekte dat die staat se reg op sy grondgebied onaantasbaar is net soos wat die boer se grond onaantasbaar is, het tot die gesonde rede gespreek. Dit spreek steeds tot state se gesonde rede.

Dat state helaas nie altyd aan hierdie gesonde rede gehoor gee nie, getuig die vele oorloë tussen De Groot se tyd en nou. Dat aan De Groot se leerstellinge van die *pligte* van state nie altyd gehoor gegee word nie, blyk uit die geskiedenis. Tog kan dit nie ontken word nie dat die navolging van De Groot se *pligteleer* wel 'n meer vreedsame geskiedenis tot gevolg sou gehad het. Treffend beskryf Van Vollenhoven die pligteleer van De Groot met 'n verwysing na die Anglo-Boere-oorlog en Generaal De Wet:

> "Nu de wereld ziek is aan haar beschaving, word de nieuwe plichtenleer haar voorgehouden door een ongeletterd boergezant van het wijde veld, door Christiaan de Wet. Nog altijd open in hem ligt de wond van 1899, toen Chamberlain zijn oorlogsnijptang ging toenijpen op het Boerenvolk, dat den Britten niets kwaad aandeed. Vyftien jaar later, in 1914, wil Zuid-Afrika op zijn beurt gelijke misdaad begaan aan Duitsch-Zuidwest. Dat kan De Wet niet dragen. Hij weet, dat het woord hoogverraad hem aangrijnst; hij weet, dat's lands regeering sterker is dan hij; – maar hij staat op. Hij staat op, en spreekt zijn diep geloof – geloof en zuurdeesem van den komenden tijd – uit in die paar aangrijpende woorden, die doodeenvoudige woorden van Steenbokfontein; uw inval op een volk, dat u geen kwaad aandoet, hoe ook schoongepraat, goddeloos; uw inval op een volk, dat u geen kwaad aandoet, brengt, hoe ook met succes begunstigd, God's vloek over u ... Het volkenrecht van Grotius staat aan de deur, en het klopt. Driehonderd jaar heeft men het laten kloppen. Nu wordt het ons te machtig. Het slot is nog met om, maar de grendels zijn al weggeschoven."[21]

20 C van Vollenhoven *De Drie Treden van Het Volkenrecht* (1918) 15.
21 C van Vollenhoven *op cit* 89.

Die tydvak waarin De Groot sy bydrae gemaak het, het uit die aard van die saak verskil van moderne tye. Nogtans was daar heelwat punte van ooreenstemming. De Groot se tyd was ook 'n tyd van oorloë – nasionale oorloë, godsdienstige oorloë en burgeroorloë. In De Groot se tyd is internasionale verhoudinge ook gereël deur departemente van buitelandse sake. Gevolglik het De Groot se werke steeds basies dieselfde trefkrag as toe dit geskryf is. Die moderne beroep op die internasionale gemeenskap om hulle verhoudings met mekaar op morele grondslae te vestig, is niks anders as die filosofie van De Groot nie. Soos Butler dit in die moderne idioom stel:

> "There is a curious and interesting interdependence between reasonableness and sanity in the conduct of domestic politics on the one hand and kindly feeling and generous sympathy in our attitude towards foreign relations on the other ... Political progress, whether national or international, must depend upon trust in the better instincts of the people, and cannot rest upon their appetites and their passions, their envies and their animosities."[22]

Hierdie is presies die boodskap van De Groot. Dit is juis die basis van sy filosofie.

De Groot was die *vox clamantis* van sy dag en die suksesse deur hom behaal, moet ons ons egter nie laat blindstaar teen die feit dat sy pleidooi vir die hoogste standaarde in die internasionale reg nie ten volle bereik is nie. Die reg en die moraliteit is steeds ineengestrengel en dit is ook so dat die regshervormer, soos De Groot, se ideale hoër strek as dié van individue wat die reg vorm. Wat die goeie en praktiese regstelsel mag blyk te wees, is nie noodwendig altyd die beste regstelsel nie. De Groot het die grondslag gelê vir die ideale internasionale regstelsel. Derhalwe is sy werke nog steeds so relevant en kan daar steeds so veel daaruit geput word. Sy werke lê steeds die riglyne van die internasionale reg neer.

Die moderne eksponent van die internasionale reg moet nie alleen die agtergrond van daardie reg ken nie, maar hy moet dit ook verkondig soos dit in die praktyk voorkom. Dit het De Groot dan ook gedoen toe hy die positiewe regsreëls van die internasionale reg van sy tyd uiteengesit het. Die moderne internasionale regsgeleerde kyk ook nie net alleen na die gebruiksreëls van state en ooreenkomste tussen state nie – hy is verplig om kennis te neem van die regsfilosofiese onderbou van die internasionale reg. Hy is verplig om ook sekere fundamentele beginsels waarop die internasionale reg berus, te verkondig. Eise van soewereiniteit en onafhanklikheid kan nie losgemaak word van die filosofie onderliggend aan die idee van 'n internasionale volkeregemeenskap en die essensiële betekenis van reg en geregtigheid in die internasionale sfeer nie.

Dit is wel so dat —

> "In the present state of the development of International Law and international relations it *cannot* be admitted that states are bound by their own wills when their conduct affects other states or their nationals."[23]

22 NM Butler *The International Mind* (1913) 111.
23 JW Garner *American Political Science Review* (1925) 1.

Afgesien van regte het state ook verpligtinge. Dit het De Groot telkemale benadruk. In die moderne tyd vind ons dat hierdie uitgangspunt wel deur die "ouer" state gehandhaaf word maar nie deur die "jongere" state wat in 'n groot mate die onderontwikkelde lande of die Derde Wêreld uitmaak nie. Die eise van absolute onafhanklikheid en die aandrang op sekere regte sonder die aanvaarding van die *pligte* wat daarmee saamgaan, is 'n aanduiding van die krisis waarin die internasionale reg hom tans bevind. Hierdie situasie kan alleenlik beredder word met 'n hernieude vestiging van aandag op die filosofie van De Groot wat onder andere beklemtoon het dat regte met pligte saamgaan. Dat die bestaan van die staat 'n filosofiese onderbou het en 'n rede het waarom dit bestaan en 'n roeping het om te vervul in sy verhouding met sy mede-state. Juis hierin lê die belangrikste taak van die moderne leermeesters van die internasionale reg en het hulle 'n plig

> "to help materially in the progress of the world if they will inculcate the doctrine that the extent to which the state can expect to achieve recognition of its rights will depend on the extent to which, and the successes with which, it fulfils the purposes for which states exist."[24]

In hierdie taak sal die moderne eksponent van die internasionale reg waar hy die huidige reëls identifiseer en hul basisse ondersoek, dieselfde werksmetodes moet volg as wat De Groot gevolg het. Hy sal vind dat op verskeie aspekte daar verskille is in praktyk en sienswyses, ook dat daar groot gebiede van internasionale aktiwiteit bestaan waarvoor daar geen regsreëls bestaan nie. Hier sal hy dan, net soos De Groot, met goed gefundeerde en universeel aanvaarde voorstelle moet kom. Sulke voorstelle sal alleenlik aanvaarding vind as hulle soos De Groot se voorstelle gebaseer is op geregtigheid en moraliteit en aanvaarbaar is vir die moderne rasionaliteit. Die internasionale rede wat vandag geakkommodeer moet word, strek vanaf die Europese vasteland oor Afrika en sprei uit na die Suid-Amerikaanse state en dié van die Ooste.

Tussen daardie pole moet daar 'n universele redelikheid gesoek word wat De Groot so treffend in sy tyd gevind het. Hierdie redelikheid wat De Groot so raak saamgevat het, het juis 'n trefkrag gehad daar dit universeel in daardie tyd aanvaar is. Die internasionale reg van vandag moet ook soos die internasionale reg van De Groot op die *rede* baseer word en *redelik* wees.[25] Dit moet gefundeer word op geregtigheid, dit moet op humanitêre grondslae rus. Dit moet die filosofie van De Groot volg.

> "Wherever there is a deep-seated and widespread national sentiment of justice and right which demands satisfaction in regard to other states, the Law of Nations must answer the call, and the international lawyer who can suggest the appropriate method by which this desire can be satisfied is in the direct line of succession from his spiritual ancestor, Hugo Grotius."[26]

24 AP Higgens *British Yearbook of International Law* (1925) 234.

25 AP Higgens *Cambridge Legal Essays* (1926) 190: "It will only be when this reasonableness of the law is accepted that the strongest motive for its acceptance will have been generated." J Westlake *International Law* Vol 1 (1910) 14: "Reason is thus both a check on the customary rules of international law and a source of rules for the seeker after international right."

26 AP Higgens "The Work of Grotius and the Modern International Lawyer" in *Cambridge Legal Essays* (1926) 190.

Die vraag ontstaan welke permanente bydrae De Groot tot die moderne internasionale reg gemaak het. Waarom word steeds verkondig dat De Groot 'n volgehoue bydrae tot die internasionale reg maak? Die antwoord hierop is dat die impak wat *De Iure Belli ac Pacis* aanvanklik gemaak het, onteenseglik steeds in die moderne internasionale reg gevoel word. Soos deur Lauterpacht pertinent gestel:

> "Yet the fact is that the impact of De Iure Belli ac Pacis is not spent; that the 'father of international law' is still a teacher; and that the significance and the potentialities of the guiding ideas of the treatise as a moulding force are such as to preclude it from being consigned to the province of mere legal history."[27]

Wat is dit van De Groot se filosofie wat dit iets meer maak as slegs 'n voorbeeld van wat die internasionale reg was op 'n sekere tyd in die geskiedenis? Wat is dit wat De Groot 'n hoër aansien gee as andere reuse in die internasionale reg soos Vittoria en Gentilis? Wat is die rede daarvoor dat daar na De Groot se *De Iure Belli ac Pacis* verwys is as een van die heel belangrikste werke in die Europese geskiedenis en tesame met Adam Smith se *Wealth of Nations* een van die heel belangrikste bydraes tot die mens se ontwikkeling?[28]

Is die rede nie juis daarin geleë dat die werke van De Groot en meer spesifiek *De Iure Belli ac Pacis* ten volle steeds op moderne ontwikkelinge toegepas kan word en dat die juridiese en etiese inhoud van *De Iure Belli ac Pacis* ewigdurend is nie? Indien wel, wat is hierdie ewigdurende kenmerke van De Groot se werke?

Eerstens is daar De Groot se onderwerping van die totaliteit van internasionale verhoudings aan 'n *"rule of law."* Die gemeenskap van state, die interafhanklikheid van state van mekaar en hul gesamentlike onderwerping aan 'n regstelsel, loop soos 'n goue draad deur De Groot se filosofie.

Tweedens verkondig De Groot dat die erkenning van 'n *rule of law* vir state nie net voortvloei uit die wil van state om hul aan so 'n *rule of law* te onderwerp nie, maar ook voortvloei uit die natuurreg. Die *ius gentium voluntarium* (die toestemming van state aan sekere reëls soos uit hul gedrag blyk) word volgens De Groot *aangevul* deur 'n universele natuurreg, 'n natuurreg wat 'n uitdrukking is van die sosiale wese van die mens en state as 'n gemeenskap van mense. Soos reeds hierbo gestel, het De Groot *nie* sy *ius gentium* en die *ius naturae* aan mekaar gelyk gestel nie. Die een is deur die ander aangevul.

Selfs Hall, wat beskou word 'n positivis in die internasionale reg te wees, beweer:

> "The ultimate foundation of international law is an assumption that States possess rights and are subject to duties corresponding to the facts of their postulated nature. It is postulated of those independent states which are dealt with by international law that they have a moral nature indentical with that of individuals and that with respect to one another they are in the same relation as that in which individuals stand to each other who are subject to law."[29]

27 H Lauterpacht "The Grotian Tradition in International Law" 1945 *BYIL* 18.
28 Morley *Politics and History* (1912) 13.
29 Hall *A Treatise on International Law* (1890) 7.

In die saak *La Jeune Eugénie*[30] beslis regter Story:

> "It may be unequivocally affirmed that every doctrine that may be fairly deduced by correct reasoning from the rights and duties of nations, and the nature of moral obligations, may theoretically be said to exist in the law of nations; and unless it be relaxed or waived by the consent of nations which may be evidenced by their general practice and customs, it may be enforced by a court of justice wherever it arises in judgement."

Hierdie uitspraak is 'n uitstekende voorbeeld van die Grotiaanse tradisie se toepassing.

Derdens het De Groot die gemeenskap van state identifiseer met die gemeenskap van individue. Westlake weerspieël hierdie beginsel van De Groot in sy eie werk waar hy verklaar:

> "The society of states is the most comprehensive form of society among men, but it is among men that it exists. States are its immediate, men its ultimate members. The duties and rights of states are only the duties and rights of men who compose them."[31]

Vierdens het De Groot baie sterk daarop gestaan dat daar geen absolute reg tot oorlogvoering is nie maar dat daar 'n onderskeid tussen 'n geregverdigde en 'n ongeregverdigde oorlog gemaak moet word. Alhoewel hierdie onderskeid in die drie eeue na *De Iure Belli ac Pacis* nie getref is nie en oorlog amper verhef is tot 'n kenmerk van 'n staat se soewereiniteit, is dit wel so dat positiewe internasionale reg in die moderne tyd onteenseglik De Groot se onderskeid maak. Lauterpacht stel dit kort maar kragtig:

> "The Grotian distinction between just and unjust war is once more part of positive law."[32]

Vyfdens vind ons dat De Groot se uiteensetting van *gekwalifiseerde* neutraliteit, naamlik dat state wat nie in 'n oorlog betrokke is nie en neutraal staan, tog daardie staat wat die geregverdigde oorlog voer op 'n passiewe manier behulpsaam mag wees, tans toegepas word. De Groot het byvoorbeeld verklaar dat state wat neutraal staan tog 'n reg van deurgang mag gee oor hul gebied aan daardie oorlogvoerende wat die geregverdigde oorlog voer, aan daardie staat wat deur die geregverdigde oorlog wil terugkry wat ongeregverdiglik deur die ander oorlogvoerende van hom weggeneem is. Onder die Handves van die Verenigde Volkere Organisasie mag lidlande aangesê word om sekere optredes te doen teen state wat 'n aggressiewe en ongeregverdigde oorlog voer. Onder die Volkebond kon lidstate aangesê word om sanksies teen state wat die Volkebondsverdrag verbreek het toe te pas. Die besluit van die Verenigde State van Amerika om die Verenigde Koninkryk aan die begin van die Tweede Wêreldoorlog van wapens en voedsel te voorsien, al het eersgenoemde nie teen Duits-

30 2 Mason 409, 448.
31 Westlake *Collected Papers* (1914) 78.
32 Lauterpacht *op cit* 39.

land oorlog verklaar nie, was geregverdig deur 'n spesifieke verwysing van daardie land na De Groot se siening van gekwalifiseerde neutraliteit.[33]

Sesdens kan daar op De Groot se siening van *pacta sunt servanda* gewys word. Hieroor is al heelwat geskryf en is dit nie nodig om lank hierby stil te staan nie. Wat wel van belang is, is om hier te beklemtoon dat *pacta sunt servanda* 'n voorbeeld is van De Groot se siening van die internasionale reg as ook 'n vrywillige stelsel waartoe state hulself deur vrye ooreenkoms kan verbind.

In die sewende plek was De Groot in sy wese 'n pasifis en adem sy werke die idee van vrede. Al het hy so veel oor oorlog en die voer daarvan geskryf, is dit duidelik uit sy werke dat hy oorlog verwerp het en probeer het om 'n meer humanitêre aanslag daaraan te gee as dit *moet* plaasgevind het. Vir De Groot was onderhandelings en arbitrasie 'n beter alternatief as oorlog.

De Groot het op vele ander gebiede 'n invloed nagelaat wat tans nog duidelik te bespeur is in so baie vertakkinge van die internasionale reg. Hy was een van die eerste skrywers om die uitlewering van misdadigers te propageer. Meer as enige ander skrywer het hy die stelsel van diplomatieke immuniteite uiteengesit. Hy het die beginsels van vryheid van internasionale riviere en kanale bepaal. Sy invloed op die reg van die see is onskatbaar.[34] Hy het die vryheid van internasionale handel as 'n reg gepostuleer. Die internasionale reg met betrekking tot vlugtelinge en die reg van asiel is deur hom uitgewerk. Die reg van vrye deurgang vir landomslote state is deur De Groot gepropageer. Die reg op selfbeskikking van volke is deur hom beklemtoon.

Die Grotiaanse tradisie in die internasionale reg is derhalwe 'n lewende tradisie. Sy beginsels is in baie gevalle tans deel van die positiewe internasionale reg. Van sy ander beginsels bly steeds ideale waarna in die internasionale reg gestreef word. Moderne skrywers van die internasionale reg en staatsmanne beskou De Groot nie net as die bron van die moderne internasionale reg nie, hulle sien hom ook as die oorsprong van dit wat die internasionale reg behoort te wees.

Op die keper beskou, het De Groot egter nie die internasionale reg geskep nie. Geen skrywer kan reg skep nie. Wat De Groot wel gedoen het, was om die internasionale reg waardigheid te gee; om internasionale reg gesag te gee; om internasionale reg nie net deel te maak van die algemene sisteem van jurisprudensie nie maar om dit deel te maak van 'n universele morele kode. Vir De Groot is die internasionale reg *etiek* en *reg*. Die feit dat hy daarin geslaag het om die internasionale reg juis só oor te dra, bepaal dan ook sy grootheid. □

33 Toespraak van Prokureur-Generaal Jackson op 27 Maart 1941 in *AJIL* (1941) 351.

34 Fincham en Van Rensburg *Bread Upon the Waters* (1980) 16. Sien veral Oudendijk *Status and Extent of Adjacent Waters* (1970) 19-51.

# Hugo de Groot se betekenis vir die moderne Suid-Afrikaanse reg[1]

Paul van Warmelo
*BA LLD*
*Emeritus professor verbonde aan die Universiteit van Suid-Afrika*

**SUMMARY**
**The Importance of Grotius for Modern South African Law**

It is mainly because of his *Inleidinge* that Grotius is important for modern South African law. His influence is naturally closely connected with the rôle played by Roman-Dutch law in South Africa. There is evidence of this work's being consulted in the early Cape days. In the old South African Republic and in the Republic of the Orange Free State, Grotius's *Inleidinge* were mentioned as positive sources of the law. When the Cape became a British Colony and Roman-Dutch law was retained as the law of the land, notwithstanding the policy of Anglicisation, Roman-Dutch law was respected in the courts and Grotius was one of the authorities frequently quoted. This appears clearly from an analysis of the Menzies reports and those of Searle and Watermeyer. At the same time it is noticeable that the old authorities were being replaced for several reasons, such as reliance on the law of England, South African precedents and, finally, by more modern writings on the law. As a result one finds that Grotius was quoted and referred to less frequently in the courts, just as Roman-Dutch authorities were used less and less. Because there were and are those lawyers who know their Roman-Dutch law and are able to use the old authorities, even though Roman-Dutch law has been replaced to a great extent by new law, Roman-Dutch law is still respected and applied. That is why even to the present day, Grotius is revered and quoted, not only in the courts, but also in the more modern literature. A few examples are referred to in which the authority of Grotius has played a major rôle.

Dit behoef seker geen betoog nie dat Hugo de Groot se betekenis vir die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg onafskeidbaar verbonde is aan die lotgevalle van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika. Daar kan tog nie ontken word nie dat hy een van die belangrikste skrywers oor die Romeins-Hollandse reg is en dus, wanneer dié regstelsel ter sprake is, moet De Groot ook onherroeplik in ag geneem word. Vanweë sy belangrikheid is dit dan ook wenslik om eers enkele punte van sy lewe en werk aan te roer, sonder om in besonderhede in te gaan, vóór daar gekyk word na sy rol in die Suid-Afrikaanse reg en regslewe.

Dit is algemeen bekend[2] dat hy digter, klassikus, politikus, staatsman en

1 Dit is gepas dat die Vereniging Hugo de Groot in sy *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse reg* 'n gedenknommer gepubliseer vir die vier honderdste verjaarsdag van Hugo de Groot, aangesien een van die nommers van die jaargang 9(1945) gewy was aan sy sterfdag, drie honderd jaar vroeër, naamlik 28 Augustus 1645.

2 Die literatuur oor De Groot, sy lewe en werk, is groot. Om 'n aantal belangrike en onbelangrike verwysings te gee, maar nie noodsaaklik in volgorde van belangrikheid nie: Wolf *Grosse*

teoloog was. Dit is nie nodig om daarop te wys dat hy ook regsgeleerde was nie. Die vraag kan gestel word: wat was hy eintlik? As politikus het hy op die verkeerde perd gewed en gevolglik in die gevangenis beland en 'n groot deel van sy lewe as banneling geslyt. As staatsman, as ambassadeur van Swede, het hy Richelieu en die Hollanders teen hom gehad en is uiteindelik teruggeroep. Dit lê dus tussen sy status as teoloog en as regsgeleerde. En dit ten spyte van die feit dat sy regsopleiding nie van die wonderlikste was nie.[3] Dat hy baie veelsydig was, blyk duidelik genoeg uit sy geskrifte, en dat hy as juris baie aan sy teologiese agtergrond te danke had, kan ook nie betwyfel word nie. Sy jurisdiese geskrifte (waarvan enkele genoem moet word) is ongetwyfeld deur sy persoonlikheid en sy agtergrond gekleur.[4]

Eerstens kan sy *Florum Sparsio ad Ius Iustinianeum* genoem word. Dit is nie een van sy belangrikste werke nie, maar toon sy klassieke agtergrond, 'n kennis van Romeinse reg asook die invloed van die Humaniste. Hy behandel sekere aspekte van die Romeinse reg volgens daardie skool se metode, naamlik deur die stof histories en letterkundig (Grieks en Latyn) te behandel. Hy was egter geensins as 'n gesaghebbende skrywer oor die Romeinse reg geag nie. Dan kom ons by sy *magnum opus*, naamlik sy *De Iure Belli ac Pacis*, 'n werk wat van die allergrootste betekenis vir die volkereg is.[5] Hierin bou hy 'n sisteem van volkereg op wat op sy beskouings van die natuurreg gebaseer is; dit is weer sterk gekleur deur sy godsdienstige opvattinge, en sy werk word baie beïnvloed deur Spaanse (Roomse) teoloë wat hom voorafgegaan het.[6] In die derde plek is daar

*Rechtsdenker der deutsche Geistesgeschichte* (1963) 253 ev; Gribling *Hugo de Groot* (1947); Knight *The Life and works of Hugo Grotius (1955); Edward Dombould The Life and Legal Writings of Hugo Grotius* (1969); Wessels *History of the Roman-Dutch Law* (1908) 262 ev; Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1979) 191 ev, 346 ev; Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background* (1973) 550 ev; Lee, *Hugo Grotius* (From the Proceedings of the British Academy vol 16; 1930); Wellschmied *Zur Entstehung und Bedeutung der Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid von Hugo Grotius* 1952 *ZSS (Germ Abt)* 155 ev, *Zur Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid des Hugo Grotius* 1952 *TR* 389 ev; Fischer se boekbespreking van Wellschmied *Hugo Grotius' Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid und das Recht seiner Zeit* (doktorale proefskrif Göttingen 1950), (1952) *TR* 485 ev; Pont *Die "Inleydinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheyd" van Hugo de Groot* 1945 *THRHR* 182 ev. Kyk ook voetnoot 23.

3 Kyk Knight aw 36 ev.

4 Hy was vyftien jaar oud toe Henri IV, aan wie se mensekennis nie getwyfel hoef te word nie, hom as *le miracle de la Hollande* bestempel het (Wolf aw 265; Knight aw 35); (De Groot het met 'n ambassade na Frankryk gegaan, maar was natuurlik nie een van die leiers daarvan nie. Het Henri IV miskien skertsend van die seun gepraat? Kyk ook Knight 31 ev). Ongeveer vyftien jaar later het Jacobus I van Engeland met hom kennis gemaak en sy oordeel word soos volg weergegee: "He was so tedious and full of tittle-tattle, that the king's judgment was of him, that he was some pedant full of words and of no judgement." (Volgens die aartsbiskop Abbot, soos weergegee deur Wolf aw 272; sien ook Lee 20 en Knight 144. Daar moet egter bygevoeg word dat Abbot 'n besadigde opinie weergee, alhoewel nie so lofryk soos dié van Causaubon nie: kyk Knight 142 ev.)

5 Dit is interessant wat Hahlo and Kahn 550 vn 30 vermeld, nl dat die *De Iure Belli ac Pacis* geraadpleeg is in die beslissing van die *High Court of Rhodesia*, in die saak van *Madzimbomuto and Baron v Lardner-Burke,* (Government Printer, Salisbury (1966) 40 ev 98) betreffende die uitwerking van die Rhodesiese eensydige onafhanklikheidsverklaring.

6 Kyk oa Vanderpol *Le droit de guerre d'après les théologiens et les canonistes du moyen-âge* (1911); Feenstra, *L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé; quelques*

sy bekende *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* wat in besonder vir die Romeins-Hollandse reg van betekenis is en dus ook vir die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg. Van hierdie boek moet dan eers sommige eienskappe aangedui word.

Soos hy self in 'n brief aan sy kinders getuig,[7] was dit in die eerste plek as 'n leerboek ("een onderregting van de regten die in Holland te pas komen") vir hulle bedoel. Hy neem as model die *Institutiones* van Iustinianus wat, soos bekend, weer op die *Institutiones* van Gaius geskoei is. Terselfdertyd verduidelik hy dat hy die Romeinse reg slegs vermeld vir sover dit "bij ons in gebruike is." Hy is baie nasionaal (ofskoon hy in sy tyd nie juis in sy eie land so welkom was nie: soos vermeld het hy 'n groot deel van sy lewe as banneling geleef) en is sterk Germaansregtelik geörienteer[8] (in teenstelling met sy navolgers). Daarom skryf hy sy *Inleidinge* in "onze duitsche moedertaal." Hierdie voorliefde van De Groot hou miskien ook verband met sy noue gebondenheid met Swede en dit blyk uit sy ander werk, *Historia Gothorum, Vandalorum et Langobardorum*. Maar uit sy *Inleidinge* kom hierdie voorkeur ook duidelik op die voorgrond.[9]

'n Ander element wat in sy *Inleidinge* baie merkbaar is, is die natuurreg, en in besonder soos dit in sy *De Iure Belli ac Pacis* uiteengesit is.[10] Daar verskyn dus baie in sy *Inleidinge* wat nie Romeins- of Romeins-Hollandsregtelik is nie, maar op sy interpretasie van die natuurreg teruggaan. Maar daarbenewens is sy teologiese en filosofiese agtergrond ook merkbaar. Dit kom in besonder daaruit te voorskyn dat sy *Inleiding* 'n *compendium* is: dus 'n werk oor die reg waarin die skrywer die reg sistematies opsom. Besonderhede kan nie te uitvoerig weergegee word nie, maar die sintese van die reg word weergegee; somtyds in 'n vorm wat nie altyd duidelik is nie of wat selfs vir meer as een uitleg vatbaar is. (Dit sal later nog weer blyk.) Die strewe na sintese is tipies van sy teologiese inslag[11] en sy hele metode slaan natuurlik terug op die dialektiek en die skolastiek wat vanuit die Middeleeue in die wetenskaplike beoefening van die teologie sowel as die regte geheers het. Dit het tot vandag nog nie geheel en al uitgesterf nie.

Sy *Inleidinge* is dus 'n *compendium* – 'n leerboek. Hier kom 'n vergelyking met Gaius dan op die voorgrond. Gaius se werk is 'n betreklike kort weer-

*expériences dans de questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause* (La Seconda Scolastica nella formazione dal diritto privato moderno, Incontro de studio, Firenze 16-19 Ottobre 1972, [Atti, Per la storia del pensiero giuridico moderno I] (1973) 377 ev, (ook in *Fata Iuris Romani* – études d'histoire du droit par Robert Feenstra.(1974) 388 ev).

7 Kyk in die *Voorrede* xii van Deel I van Van Apeldoorn se uitgawe van 1926.

8 Kyk Wolf aw 284; daarom beskou hy De Groot ook as een van die "grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte."

9 Kyk ook na die sg Lund-uitgawe van die *Inleidinge* wat 1952 deur Dovring, Fischer en Meijers besorg is.

10 Kyk Wolf aw 280 en die genoemde Lund-uitgawe van die *Inleidinge*; in besonder Wellschmied *TR* 389 415 ev.

11 Wolf 277 praat van sy *"ramistische Methode"* en, gesien sy agtergrond, sou dit nie vreemd wees dat De La Ramée 'n invloed op hom gehad het nie. Kyk ook Meijers, *Bijdragen omtrent de Leer der Consideration en de Causa*, 1938 *THRHR* 43 52; Wellschmied *TR* 389 391 ev.

gawe van die Romeinse reg van daardie tyd, terwyl De Groot se *Inleidinge* 'n betreklike kort weergawe van die Romeins-Hollandse reg van sy tyd is. Beide werke is waardevol. Dié van Gaius, altans vir die hedendaagse leser, bevat baie duisterhede en ook belangrike leemtes. Aan die ander kant het die leerboek met die jare in aansien toegeneem en so het dit uiteindelik vir Justinianus as uitgangspunt vir sy *Institutiones* gedien, wat weer (soos reeds gesê) vir De Groot as model gedien het. Net soos Gaius se werk, is dié van De Groot van die allergrootste waarde. Een opmerklike verskil tussen die twee werke is egter dat Gaius se *Institutiones* na sy tyd verwerk is, maar dat De Groot se *Inleidinge* nie verwerk is nie, dog vir hulle wat na hom gekom het as fondament gedien het.

Hieruit blyk ook die waarde van die werk. Soos algemeen bekend, het sowel Groenewegen as Schorer sy werk van aanvullende notas voorsien. Hierdie notas is verdere toeligting en selfs verbeteringe op die *Inleidinge*. Dit is reeds onmiddellik 'n aanduiding van hoe hoog die werk in daardie tyd waardeer is en hoe bruikbaar dit beskou is; nog meer, dit is deur Voet, Scheltema en Van der Keessel as leerboek by die onderrig gebruik. Hulle het dit as uitgangspunt geneem vir hulle lesings en het aansienlik op die werk self uitgebrei. Op hierdie manier gee hulle lesings natuurlik 'n baie vollediger beeld van die Romeins-Hollandse reg en hulle toon ook hoe dit ontwikkel het. Die feit dat die *Inleidinge* ongeveer twee eeue na sy verskyning, naamlik aan die einde van die agtiende eeu, nog as basis vir Van der Keessel se lesings kon dien, toon sonder twyfel die hoë waarde daarvan. Daarbenewens moet die waarde daarvan vir die praktyk nie vergeet of onderskat word nie: kyk 'n mens na die aansienlike aantal verwysings na die *Inleidinge* in die beslissings van die *Hooge Raad*, die hoogste geregshof van Holland tot aan die einde van die agtiende eeu,[12] dan is dit duidelik dat De Groot in sy land van herkoms nie slegs vir die skrywers en leermeesters van betekenis was nie, maar ook 'n behoorlike rol in die praktyk gespeel het, lank nadat sy *Inleidinge* sy verskyning gemaak het.

Wat Suid-Afrika betref, is dit bekend dat die Romeins-Hollandse reg met die vestiging van die verversingspos van die Hollands-Oos-Indiese Kompanjie aan die Kaap sy verskyning gemaak het. Die gemeenskap wat daar ontstaan het en stadig gegroei het, was natuurlik 'n baie beskeie gemeenskap en die regsgeleerdheid het nie so 'n hoogstaande rol gespeel nie. Ons kan aanvaar dat die Romeins-Hollandse reg en die skrywers daaroor aanvaar en erken is, maar dat, in die praktyk, die toepassing en gebruik maar beperk was. 'n Skrywer soos De Groot sou bekend gewees het en vermoedelik 'n groot naam gehad het, maar dit is waar dit in hoofsaak sou bly. Die aansien sou groot gewees het, maar die bekwaamheid om hom na waarheid en waarde te beoordeel, sou maar skraal gewees het. Weer kan ons die *Inleidinge* met die *Institutiones* van Gaius verge-

12 In die uitgawe van die *Observationes Tumultuariae Novae* van Pauw (deur Fischer, De Koning-Bey, Van Holk, Van Soest en Feenstra) word in die derde deel 'n *Index Auctorum* aangetref (521 ev) wat aandui hoeveel keer 'n groot aantal gesaghebbende skrywers aangehaal word. Dit wil voorkom of slegs Voet en Van Bijnkershoek *(Observationes Tumultuariae)* meer as De Groot aangehaal word.

lyk: die *Institutiones* het 'n besondere hoë aansien gehad in die tydperk tussen die ontstaan daarvan en die tyd van Justinianus, maar daar het daarna, in die moderne tyd, 'n baie meer oorwoë waardering daarvoor ontstaan. Wat De Groot betref, blyk die feit dat hy bekend was en aansien geniet het, daaruit dat sowel sy *Inleidinge* as sy *De Iure Belli ac Pacis* deel gevorm het van die boeke van die Raad van Justisie.[13] Dat De Groot egter enige besondere betekenis, hoër of laer as die ander skrywers oor die Romeins-Hollandse reg, sou geniet het, is hoogs twyfelagtig. En so sou die posisie hoogswaarskynlik aan die Kaap gebly het, tot die groot omwenteling wat die magsoorname deur die Engelse aan die begin van die vorige eeu veroorsaak het.

Suid-Afrika het ook sy *leges citationis* geken. Dit is algemeen bekend dat die Romeins-Hollandse reg in die Republieke van Transvaal en die Vrystaat aanvaar is, en dat De Groot in wetgewing genoem is as een van die regsgeleerdes wie se boeke geraadpleeg moet word.[14] Ons kan aanneem dat die regslewe in die twee republieke aanvanklik maar eenvoudig was, net soos in daardie tydperk van die Romeinse ryk, toe die *lex citationis* daar tot stand gekom het. Dit is duidelik dat De Groot hoë aansien in die twee republieke geniet het, maar dit is opvallend dat die Transvaal Van der Linden se wetboek as wetboek van die staat verklaar. Daarná kom Van Leeuwen en De Groot as gesag na vore. In die Vrystaat word De Groot ook nie eerste genoem nie, maar staan Voet en Van Leeuwen voor hom vermeld. Die voorrang wat Van der Linden geniet, is verklaarbaar. (Dit sal hieronder duideliker word, wanneer na die posisie aan die Kaap in die vorige eeu verwys word.) Net soos aan die Kaap in die vroeë tye, kan ons aanvaar dat die bekendheid met die Romeins-Hollandse reg en die bekwaamheid om die werke van Romeins-Hollandse skrywers te hanteer, nou nie van die hoogste was nie. Dit is bekend dat daar in die Vrystaat stemme teen die Romeins-Hollandse reg opgegaan het: die goeie Calviniste het nie van sulke "Roomse" reg gehou nie.

13 Kyk Visagie *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* (1969) 118 121 waar die boeke in die inventaris van die boeke van die Raad vermeld word. (Kyk ook *Madzimbamuto v Lardner-Burke, Baron v Ayre* 1968 2 SA 284 (RAD).)

14 Kyk Pont aw, 182 vn 2. Daar word verwys na: "... Transvaal: Volksraadsbesluit van 19 September 1859 ("Bijlage No. 1" van die Grondwet van 1858):

Art. 1. Het Wetboek van Van der Linden blijft (voor zoover zulks niet strijdt met den Grondwet, andere wetten of Volksraadsbesluiten), het Wetboek in dezen Staat.

2. Wanneer in genoemd boek over eenige zaak niet genoegzaam duidelijk of in het geheel niet wordt gehandeld, zal het Wetboek van Simon van Leeuwen en de Inleiding van Hugo de Groot verbindend zijn ... Oranje Vrijstaat: Verklaring van Artikel 57 der Constitutie: Dat het Romeinsch-Hollandsch Recht als de Grondwet van dezen Staat aangenomen is, zal moeten worden verstaan te bedoelen, in zooverre als hetzelve in de Kaapkolonie in werking werd gevonden, tijdens de aanstelling van Engelsche rechters (judges) in de plaats van den voorheen bestaanden Raad van Justitie, en niet in te sluiten eenige nieuwe wetten en inrichtingen, plaatselijk of algemeen, die in Holland mochten zijn ingevoerd geworden, en niet gegrond zijn op, of tegenstrijdig zijn met, het oud Romeinsch-Hollandsch Recht: zooals in de tekstboeken verklaard van Voet, Van Leeuwen, Grotius, de Papegaaij, Merula, Lijbrecht, Van der Linden, Van der Keessel, en autoriteiten door hen aangehaald." Kyk ook Wessels aw 367 ev; Van der Westhuizen en Van der Merwe *Die Geskiedenis van die Regspleging in Transvaal (1652-1877)* 1977 *De Jure* 92 106; Kahn *The History of the Administration of Justice in the South African Republic* 1958 *SALJ* 294 305; Van Zyl aw 461-463.

Uit dit wat reeds gesê is, sal dit blyk dat die betekenis van De Groot nou verbonde is aan die betekenis en waarde wat aan die Romeins-Hollandse reg toegeken word. Aan die Kaap van die vroeë tye en in die vroeë periode van die Republieke van Transvaal en Vrystaat is die Romeins-Hollandse reg aanvaar en het De Groot 'n hoë aansien geniet. Die werklike betekenis van die Romeins-Hollandse reg en sy ou skrywers (waaronder De Groot) is baie minder as die roem. Dit is ook die gang van sake in die geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika. Daar is periodes waarin die Romeins-Hollandse reg 'n hoë aansien geniet, in die algemeen of by 'n groepie wat die Romeins-Hollandse reg kan hanteer. Toe is die skrywers ook hoog aangeskryf en natuurlik kom De Groot ook tot sy reg. Dan is daar periodes waarin die Romeins-Hollandse reg sy aansien verloor (daar bestaan dan selfs diegene wat geen waardering vir dié stelsel het nie). Onder sodanige omstandighede kom die ou skrywers natuurlik ook in ongenade. En dan is daar ook die tydperke waarin rigtings aangetref word wat die Romeins-Hollandse reg en die skrywers, en dus ook De Groot, hoog aanprys, maar waarin daar in die praktyk nie baie waarde aan dié regstelsel of sy skrywers geheg word nie: "quod laudandum, sed non legendum." Maar daar kan gesê word dat in die geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika, dié stelsel en sy skrywers (en dus De Groot), altans by sekere rigtings, 'n hoë agting en betekenis behou.

Kom ons weer terug na die Kaap, dan is dit bekend dat dit die bedoeling was dat die Engelse reg die Romeins-Hollandse reg sou vervang. Die aanstelling van Menzies as regter van die Kaapse hof het egter 'n teenoorgestelde uitwerking gehad. As 'n mens na die drie bundels van sy hofverslae kyk (ongeveer van 1830 tot 1850), dan blyk dit dat die Romeins-Hollandse reg en die ou skrywers nie alleen hoog geëer is nie, maar hul rol in die praktyk ten volle gespeel het. Menzies het sy Romeins-Hollandse reg geken. Die advokaat wat voor hom moes verskyn, sou dom gewees het om dit nie in ag te neem nie. Maar daar was ook diegene onder hulle wat hulle Romeins-Hollandse reg terdeë geken het, soos byvoorbeeld Cloete. Om die Romeins-Hollandse reg te bewys, moes hulle na die bronne, vir sover hulle beskikbaar was, teruggaan en dit is waarom die werke van die ou skrywers baie gebruik is. Sekondêre bronne, in die vorm van boeke, artikels of selfs presedente, sou eers later aanwending geniet. Dit spreek vanself dat die advokaat sy saak bepleit het en, net soos vandag, dikwels gedwing is om die beste van 'n swak saak te maak. Dikwels is die gesag wat hy aangehaal het dus in werklikheid nie so indrukwekkend as wat dit met die eerste oogopslag mag voorkom nie. Maar, desnieteenstaande, die gesag wat aangehaal is, is betekenisvol en dit kan beoordeel word uit die menigvuldige verwysings na die ou skrywers as gesag. In sy eerste bundel gee Menzies opsommings van sekere gebiede van die reg en staaf sy uiteensettings met verwysings na gesag. Dit is opvallend hoe baie gesag hy betreffende die huweliksreg aanhaal (147). As 'n mens dan die sake bekyk, is dit opvallend hoedat Voet op ongeveer elke tweede bladsy aangetref word, maar De Groot dikwels aangehaal word deur die advokate of regter, en in nagenoeg veertig sake as gesag voorkom.[15]

Voet word natuurlik baie aangehaal, omdat hy soveel meer in besonderhede geskryf het. Soos reeds genoem, gee De Groot se *Inleidinge* (in hoofsaak) 'n sintese van die reg weer. Ook val dit op dat Van Leeuwen *(Censura Forensis)* 'n baie belangrike plek inneem; so ook Van der Linden, Van der Keessel *(Theses Selectae)* en Pothier. Die gewildheid van hierdie drie skrywers word maklik verklaar. Van der Linden en Van der Keessel was destyds die modernste skrywers oor die Romeins-Hollandse reg en dit is maar natuurlik dat die advokaat of regter na die jongste geskrifte kyk, in besonder wanneer dit gaan oor 'n vakgebied soos dié van die regte. Maar dan moet ook in ag geneem word dat die *Code Civil* aan die begin van die negentiende eeu verskyn het. Van der Linden, in besonder, is diep daardeur beïndruk, wat die sisteem en inhoud daarvan betref. Dit is ook nie so vreemd nie. Hierdie invloed is daaruit merkbaar dat hy self 'n konsepwetboek opgestel het; in sy *Koopmanshandboek* is die invloed ook sterk merkbaar. Dit is ook nie vreemd dat hy so 'n groot waardering vir Pothier vertoon nie. (Dieselfde geld vir Van der Keessel, alhoewel in 'n mindere mate, soos uit sy *Dictata* blyk.) Per slot van sake het Pothier 'n groot invloed op die *Code Civil* gehad en in sy geskrifte het hy bowendien 'n regstelsel weergegee wat in baie opsigte naby die Romeins-Hollandse reg gestaan het. In 'n mate word daar in sommige van sy werke 'n soort *ius commune* aangetref wat weer op die Romeinse reg gebaseer is. Sommige van sy werke bevat 'n sisteem en inhoud wat vir die Romeins-Hollandse reg ook bruikbaar kan wees. Sy weergawe van die reg kan, in 'n sekere mate, vergelyk word met die *communis opinio* van die Post-

15 Kyk byvoorbeeld die volgende sake deur Menzies gerapporteer (die getal in hakies agter die verwysing dui die bladsy aan waarop na De Groot verwys word): *Greef v Verreaux* (1829) 1 M 151 (155); *In re Smith. The Widow Smith and Trustee of Smith v M Norden* (1845) 1 M 167 (172); *Reis v Executors of Gilloway* (1834) 1 M 186 (195); *Brink v Louw, Widow of Niekerk* (1842) 1 M 210(211); *De Smidt v Burton, Master of the Supreme Court* (1841) 1 M 222 (226); *Ziedeman v Ziedeman* (1838) 1 M 238 (240); *Farmer v Farmer* (1839) 1 M 240 (240); *Van den Berg v Van den Berg* (1840) 1 M 241 (241); *Botha v Botha* (1848) 1 M 259 (260); *Serrurier v Langeveld* (1828) 1 M 316 (316 317); *In re Insolvent Estate of Buissine. Van der Byl and Meyer v Sequestrator and Attorney-General* (1828) 1 M 318 (323); *Heckroodt v Breda* (1828) 1 M 337 (337); *Robertson v The Sequestrator* (1829) 1 M 349 (349); *Heartley v Poupart, Attorney of McCoy* (1829) 1 M 400 (401); *De Wet v Cloete* (1829/1830) 1 M 405 (408 409: uit *Holl Cons* en *Inleidinge*); *Prince qq Dieleman v Berrange, alias Anderson* (1830) 1 M 435 (436); *Louisa and Protector of Slaves v Van den Berg* (1830) 1 M 471 (472); *In re Russouw. Sequestrator for Estate of Tyrholm v Thomson and Geyer* (1830) 1 M 479 (480); *In re Dusing. Meyer v Creditors of Dusing* (1830) 1 M 480 (482); *Wolff v Van Hellings* (1831) 1 M 529 (529, 530); *Brink and Others, Executors of Van der Byl v Meyer* (1832) 1 M 552 (554); *Meyer v Low* (1832) 2 M 8 (11); *Fry v Reynolds* (1848) 2 M 153 (161: Herbert se vertaling van die *Inleidinge* word gebruik); *Victor v Courlois* (1838) 2 M 165 (166: aangehaal as *"Grotius*, 19 *Book*, p. 337"); *Herbert v Anderson* (1834) 2 M 166 (167); *Smith v Groenewald* (1839) 2 M 168 (169); *Rubidge v Hadley* (1848) 2 M 174 (177); *Chiappini and Co v Jaffray's Trustees* (1843) 2 M 192 (196); *Jacobson v Norton* (1841) 2 M 218 (221); *Kidson v Campbell and Jooste* (1844) 2 M 279 (280); *Brink's Trustees v South African Bank* (1848) 2 M 381 (383 384); *Van der Spuys v Maasdorp, Executor of Domus, and Aploon* (1839) 2 M 420 (422); *Sparks v Hart* (1833) 3 M 3 (4); *Greybe and his Wife v Widow Wiid* (1833) 3 M 73 (73); *Elliott's Trustees v Elliott and his Curator ad litem* (1845) 3 M 86 (89); *Dunell and Stanbridge v Van der Plank in Re Schooner "Louisa". – Jones v Van der Plank in eadem Re* (1839) 3 M 112 (113); *Neethling v Blommenstein's Trustees* (1844) 3 M 276 (280); *Broekman, Executor of Durr v Rens* (1839) 3 M 365 (366); *Wilson, Appellant v Echardt, Respondent* (1842) 3 M 392 (392); *Da Costa v Le Sueur, Civil Commissioner* (1846) 3 M 545 (547 waar na *De Iure Belli ac Pacis* verwys word).

Glossatore wat 'n interpretasie van die Romeinse reg weergegee het wat algemeen aanvaar was en wat baie meer op die *Glossa ordinaria* gebaseer was, as op die *Corpus Iuris Civilis*. By Pothier word 'n weergawe van die gangbare reg weergegee. Dit is op die Romeinse reg gebaseer en in baie opsigte was hierdie weergawe ook in die Nederlandse provinsies aanvaarbaar.

Die betekenis van De Groot, asook sy aansien moet egter geensins onderskat word nie, al is sy *Inleidinge* baie ouer. Juis omdat hy die reg in sintese weergee (en uitstekend weergee), verhoog dit sy gewildheid – in besonder wat sy *Inleidinge* betref – nie slegs in Holland tot aan die einde van die agtiende eeu nie, ook nie slegs in die tydperk wat deur Menzies se hofverslae gedek is nie, maar ook daarna. Dit is nie verniet nie dat daar Engelse vertalings van sy *Inleidinge* verskyn het, wat in besonder vir die Kaap en die res van Suid-Afrika bestem was. Die oudste is dié van Herbert (1845), dan die drie uitgawes van Maasdorp se vertaling (1878, 1888, 1903) en, laastens, die vertaling met kommentaar van Lee (deel I van 1926 en deel II van 1936). Trouens, dit is waarskynlik dat daar binne afsienbare tyd in Afrikaans 'n vertaling sal verskyn wat die bruikbaarheid van De Groot se *Inleidinge* ongetwyfeld sal verhoog.

In die jare wat gevolg het op die tydperk wat deur Menzies se verslae gedek word, kom daar 'n verandering in die regslewe in Suid-Afrika voor en verskeie strominge word merkbaar. Daar was altyd diegene wat die Romeins-Hollandse reg wou handhaaf en by wie die ou skrywers die nodige, maar kritiese, waardering geniet het. Vanselfsprekend kom De Groot ook ter sprake.

Die woorde van appèlregter Steyn in *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen*[16] is algemeen bekend, maar dit is die moeite werd om hulle aan te haal om die stelling hierbo genoem te ondersteun:

> "As ek hierdie opmerking reg verstaan dan is die geleerde Regter van oordeel dat ons reg van estoppel in die eerste plek in die beslissings van Engelse Howe gesoek moet word. Indien dit sy mening reg weergee, sou ek verplig voel om van hom te verskil ... Die beskouing dat ons eie outoriteite deur hierdie en dergelike uitsprake regtens of vir alle praktiese doeleindes vervang is deur Engelse gewysdes, met die meegaande implikasie dat ons Howe, en ook hierdie Hof, aan Engelse gewysdes gebonde is, sou ek as klaarblyklik en geheel en al ongegrond moet verwerp. Geen Hof, ook nie hierdie Hof nie, besit die bevoegdheid om ons gemene reg met die reg van enige ander land te vervang nie. Dit kan alleen die wetgewer doen. Ek kan ook nie aanneem dat dit die bedoeling was om so iets te bewerkstellig nie. Indien dit wel die bedoeling was, dan sou ek my nie daaraan gebonde ag nie, want dit sou reëlreg in stryd wees met die elementêre plig van elke Hof om geen ander reg dan eie geldende reg toe te pas nie ... Dit kan daarom nie staande gehou word dat ons eie reg prysgegee is nie; en om dit in 'n ander regstelsel te gaan soek, kan ek, ook waar inderdaad eenselwigheid van regsbeginsels te vind is, nie anders as 'n awaregse prosedure beskou nie. Daarmee wil ek allermins te kenne gee dat alle verwysing na of oorweging van die beginsels van 'n ander regstelsel uit die bose is. Vergelykende oorweging kan, soos ten oorvloede uit talle van ons gewysdes en regsverhandelinge blyk, 'n besonder dienstige middel wees om tot helderheid te geraak omtrent die beste toepassing, aanpassing of uitbouing van eie beginsels. Om die be-

16 1964 3 SA 402 410 e v. Kyk verder Steyn a w in *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 106.

vrugtende inwerking van verwante regstelsels te wil uitsluit, sou nie slegs 'n onbegonne taak wees nie, maar ook 'n verarmende kortsigtigheid waaraan ek geen deel sou wil hê nie. Maar dit is een ding om 'n ander reg te ondersoek ten einde ons eie meer doeltreffend te kan hanteer, en 'n gans ander saak om 'n ander reg te benader asof dit 'n ingelyfde deel van ons erkende regsbronne is."

Vir die doeleindes van vergelyking is dit interessant om na die woorde van Cloete, meer as 'n eeu vroeër, in die saak van *Muller Brothers v Kemp*[17] te kyk:

"In answer to this appeal, I have given these authorities [nl 'n aantal Engelsregtelike gesag] the fullest consideration; but before remarking on them, think it right to state in how far I am bound or permitted to rely on such authorities.

I need not inform the *Attorney-General* [wat as advokaat vir een van die partye die bronne aangevoer het] that since the establishment of the Supreme Court, the Judges, both by the Charter of Justice and their oaths of office, are sworn 'to apply, judge, and determine upon and according to the Laws then in force within the Colony and according to such laws as might hereafter be made;' that in hearing a case argued before this Court, I, for one, feel thankful to the bar, for every case which may be found in the reports of the English Courts, applicable to the questions before us; but when instead of hearing Voet, Grotius, Van Leeuwen, Van der Linden and such authors referred to, I hear a long array of English and American authorities quoted, I am bound to listen to them, at least, with caution, for I can only apply them in such questions where I shall be *first* satisfied that the general principles laid down in those authors are in conformity with that system of the Roman Dutch Law which I am bound to apply.

It will therefore be with no view to disparage such eminent authorities, when I repeat that I can only refer to, or allow myself to be guided by them, when they afford (as they often do) apt illustrations of principles clearly admitted to be law in both countries; but where I am not equally satisfied on this point, it is my duty to receive them with some hesitation; and I am not to be induced by the earnestness of counsel's appeals to adopt them as my guide in judicial decisions."

Wat die saak nogal geestig maak, is dat die betrokke advokaat (Porter, *nota bene*, Attorney-General!) sy Romeins-Hollandse reg geken het, asook die skrywers. In *Berrangé v Combrinck*[18] haal hy De Groot aan; so ook in *Thwaits v Anderson's Executor*.[19] In *Dyason v Ruthven*[20] haal hy De Groot en ander weer aan, en hy verwys selfs na Van der Keessel se *Dictata* op De Groot wat destyds slegs in handskrifvorm bekend was. Dit wys dat hy met die ou bronne vertroud was, en bied ook 'n voorbeeld van hoe 'n goeie advokaat gebruik maak van die materiaal tot sy beskikking.

Iets in dieselfde trant merk 'n mens in die uitlating van Jones in die saak van *Austen Bros v Standard Diamond Mining Company Limited*:[21]

"With the exception of one passage from *Voet* the Court were not referred to any of the *dicta* or decisions of older authorities upon our law. To me this seems

17 (1853) 3 S 142 148 ev.
18 (1851) 1 S 64 65.
19 (1859) 3 S 200 205 206.
20 (1859) 3 S 282 283.
21 (1883) 1 HCG 363 374.

> strange, as it must have been obvious that in countries like Holland and Italy, and some of the eastern portions of the Roman empire, from whence many of our most brilliant legal luminaries claim their origin, the very question before us must have been frequently debated and decided."

In dieselfde saak sê Buchanan:[22]

> "The principles of the Roman and Roman Dutch law may appear undeserving of their notice to some practitioners in this Court, but upon referring to the English case-law we find that after much discussion very much the same legal principles have been evolved out of the maxim *sic utere tuo ut alienum* [*sic*] *non laedas*."

Afgesien van die rigting hierbo vermeld, is daar diegene wat met groot lof van die Romeins-Hollandse reg en van die ou skrywers praat. 'n Mens is egter nie altyd oortuig van die feit dat dit so opreg bedoel is nie; en, al is dit hoe opreg bedoel, wil dit voorkom asof daar baie gemeenplaas en oordrywing in die uitlatinge steek. Daar word met alle eerbied na die volgende uitlatinge verwys. So praat Watermeyer in *Thwaits v Anderson's Executor*[23] van "the high authority of Grotius." Alhoewel hy in hoofsaak *De Iure Belli ac Pacis* in gedagte het, sê Wessels:[24] "Grotius was the giant intellect that brought about the complete débâcle of the legal ideas that prevailed in the middle ages." Om te praat van *the complete débâcle* lyk maar bra vreemd! Pont[25] weer, stel dit met betrekking tot die *Inleidinge*, soos volg: "Hy is die grondlegger van die wetenskap van hedendaagse privaatreg in Suidelike Afrika ... Tot vandag toe is die *Inleiding* een van die geskrifte waarop in die howe van die genoemde lande 'n beroep gedoen kan word as 'n getroue en ware uiteensetting van die regsbepalings wat onder die mense daar geld ..." Ten slotte verklaar Hahlo en Kahn:[26]

> "Roman-Dutch law is one of the world's great legal systems. It represents in the form of a common law system the civilian tradition at its best. Of its great qualities universality is not the least ... Reading Grotius's *De iure belli ac pacis, Voet's Commentarius*, Bynkershoek's *Observationes*, one does not feel that Roman-Dutch jurists would have lifted up their hands in horror at the idea of benefiting occasionally from the world's second greatest private-law system."

Daar moet verder verwys word na die oordeel van Lee[27] wat met gesag kan praat. Nie alleen was hy 'n kenner van die Romeins-Hollandse reg nie, maar hy het die *Inleidinge* geken, soos blyk uit sy vertaling daarvan en kommentaar daarop. Hy oordeel soos volg:

> "I have said above that the most solid foundations of the renown of Grotius at the present day are two books, the *Introduction to the Jurisprudence of Holland*, and the *De jure belli ac pacis*. The claim of the latter will not be contested. The former is not widely known, but within its sphere it is a classic ... For the practitioner the law was an uncharted sea which he must navigate without the aid of a compass. Such a compass Grotius supplied in a treatise, no longer than Justinian's *Institutes*

22 378.
23 (1859) 3 S 200 212.
24 aw 251.
25 aw 182.
26 aw 596; en kyk ook die literatuur deur hulle vermeld.
27 *Hugo Grotius* 48 ev; kyk ook Wellschmied, *Zur Entstehung* 1952 *ZSS (Germ Abt)* 155 178 ev.

> ... It is a masterpiece of condensed exposition ... A singular feature about it is that it is at once a treatise on jurisprudence, and a statement of positive law, but the concatenation of the two is so artfully contrived that the abstract character of the classification does not affect its value as a guide to an actual system. This came to an end in the Province of Holland ... But the *Introduction to the Jurisprudence of Holland* is still held in regard in those parts of the British Empire which have retained or adopted the old Dutch Law as the foundation of their own legal systems. However, such a book makes a limited appeal."

Hierdie woorde van Lee sluit weer aan by die oordeel van voorgangers, soos byvoorbeeld Van der Linden en Van Apeldoorn, wat hy voor in sy vertaling van die *Inleidinge* aanhaal.[28]

Daar is natuurlik 'n ander (gelukkig verouderde) standpunt wat vierkantig teenoor enige erkenning van die Romeins-Hollandse reg of die "musty volumes" van die ou skrywers (en dit sluit ongetwyfeld nie vir De Groot uit nie!) staan. Hierdie standpunt vind sy uiterste weergawe in die beroemde of berugte (maar sekerlik opspraakwekkende) saak van *Letterstedt v Morgan*.[29] Twee van die regters was billik ontstoke en het hulle misnoë omdat baie Romeins-Hollandse gesag (waaronder ook De Groot *Apologia* c 5, *nota bene*!) aangevoer was as basis vir 'n versoek om hulle van die saak te onttrek, nie juis weggesteek nie.

Dit is jammer dat die saak nie *in toto* weergegee kan word nie, aangesien dit te veel ruimte sou neem. Dit is egter die moeite werd om enkele passasies uit die regters se uitlatinge aan te haal. Afgesien van die skitterende retoriek wat die regters besig, is die aanhalings nie alleen tiperend van hulle houding teenoor die Romeins-Hollandse reg nie, dog ook om die houding van die Engelsman van destyds teenoor die "Empire." Ten eerste verklaar Musgrave:[30]

> "And now as to the merits of the exception. The *Attorney-General* in his speech stated that the law which had made the Chief Justice and the puisne Judge powerless was extracted from musty volumes. But the *Attorney-General* will not deny that these musty volumes, when it suits his purpose, are very often obtruded on the attention of the Court and applied to cases which he brings forward. Then again, by the terms of the Charter, we are told that we are not bound to decide simply upon the Ordinances, but according to the laws in force; and there is no doubt that the Dutch law is in force in this Colony, except so far as it has been abrogated by subsequent enactments."

Wylde verklaar:[31]

> "Quote what Dutch or Roman books you please – musty or otherwise – and they must be musty if they lay down such doctrines. I belong to a higher Court than they refer to – a Court not to be broken up or paralyzed by their authority, much less by the maxims of philosophers dozing over the midnight lamp in their solitary chambers. My Queen has sent me here to administer justice under the Royal Charter and the practices of the Courts of Flanders, Batavia, or Trinidad, are no autho-

28 *The Jurisprudence of Holland* (vol I van 1926 en vol II van 1936). Kyk in die tweede deel, nl sy *Commentary*.
29 (1849) 5 S 373.
30 377 ev.
31 381.

> rity to me. But it is nonsense – I do not say it offensively – it is nonsense to read books connected with circumstances under which we are not placed, and in which we could do nothing. I shall not retire from this bench under any exception either from musty or new books. I hold such authorities of no weight. Shall the Colony at once lose its Chief Justice and the whole Court because certain authorities and maxims may be so futile, so inviting change in their nature by the regeneration of a better and sounder practice? It is true we aid our arguments with them sometimes – we have no other guide to steer our course touching questions of Dutch legal equity – but very seldom do we get any guidance for action. There are some great principles in them indeed, which, like all great principles, reflect their own light, their own strength and wisdom, wherever they may be found, and in illustration of which these authorities are always thankfully heard. But when you speak of the Institutions of Holland, and of binding myself down by the practice of Dutch Courts – I absolve myself from that bondage, I look to my Charter, to my oath and to my duty ... I, therefore, say that they are no authority for us, and although the pen laboured to follow the scrutiny of my learned friend, as I put them down in my book, I have them like visions, like mere spectral shadows, in my mind."

Om nou verder na die beoordeling van De Groot en sy aansien en betekenis in die praktyk te kyk, merk 'n mens 'n eienaardige maar begryplike verandering in die daaropvolgende jare. Kyk 'n mens eers na die hofverslae van Searle en Watermeyer (hulle strek van ongeveer 1850 tot 1867), dan merk mens 'n afname in die verwysings na Romeins-Hollandsregtelike gesag. Dit is 'n tendens wat reeds in die laaste jare van die Menzies-verslae merkbaar is. Dit kan nie alleen toegeskryf word aan 'n mindere waardering van die Romeins-Hollandse reg en die gesaghebbende skrywers daaroor nie. Daar was genoeg juriste, soos Cloete, wat die Romeins-Hollandse reg en sy gesag geken het, waardeer het en dit kon hanteer. Daar is daarbenewens 'n ander faktor: Die afname is ook afhanklik van die aard van baie gedinge wat voor die hof kom, nie alleen in hierdie tyd nie, maar ook in die jare wat nog sou kom. Baie sake handel oor die strafreg, reg wat statutêr gereël is, administratiefreg, uitleg van kontrakte en testamente, dit is naamlik gebiede waar dit nie altyd gaan oor aangeleenthede wat ondersoek na die Romeins-Hollandse reg, soos deur die ou geskrifte weergegee, vereis nie. Daarbenewens merk 'n mens langsamerhand 'n groter voorliefde om na vroeër besliste sake te kyk waarin die Romeins-Hollandse reg miskien reeds geïnterpreteer is. Daar is verder 'n groter beroep op Engelse beslissings (soos blyk uit dit wat Cloete gesê het in die aanhaling hierbo weergegee), asook op skrywers oor die Engelse reg. En verder merk 'n mens, stadig maar seker, dat kennis geneem word van wat daar geskryf is oor die Suid-Afrikaanse reg. Dit is 'n neiging wat, uit die aard van die saak, in die begin baie beperk was, maar met verloop van tyd – en so in besonder in die moderne tyd – 'n aansienlike omvang neem. In baie opsigte word die ou skrywers deur die latere skrywers oor die Suid-Afrikaanse reg verdring, en die wysheid van die jongere geslagte (hoe goed of sleg dit mag wees) begin oorneem.

Vir sover daar egter gebruik gemaak word van die ou skrywers, merk mens dieselfde as wat in die tyd van Menzies merkbaar was: Voet word baie aangehaal, De Groot minder. Somtyds wil dit voorkom of daar na die ou skrywers verwys word, net om indruk te maak. Hierdie algemene tendense merk 'n mens

nie slegs by die verslae van Searle of Watermeyer nie, maar dwarsdeur die jare heen. Wat De Groot self betref – alhoewel hy nie die meeste aangehaal word nie – kom hy behoorlik tot sy reg, òf dit nou in die verslae van Searle en Watermeyer is,[32] òf in hofverslae van later jare.[33]

32 Wat hierdie rapporte betref: De Groot word in 'n goeie dertig van hulle aangehaal. Kyk bv *Berrangé v Combrinck* supra (65, 75); *De Smidt v Hoets* (1852) 1 S 272 (276 286: Maasdorp se vertaling van die *Inleidinge*); *Hoets v De Smidt* (1853) 2 S 3 (4); *Dobie v Schickerling* (1854) 94 (99); *Mills, Executor of Anderson v Thwaits* (1855) 2 S 187 (189); *Pike v Hamilton, Ross and Co* (1855) 2 S 191 (194 195 200); *Trustees of George Greig and Co v B Norden and B Alexander* (1857) 3 S 6 (9); *Dwyer v O'Flinn's Executor* (1857) 3 S 16 (20 21 24 27 33: hier word na De Groot via Van der Keessel se *Dictata* verwys); *De Pas v Commercial Marine Assurance Co* (1857) 3 S 46 (50); *Chase v Du Toit's Trustees* (1858) 3 S 78 (80); *Stanford v Brunette* (1858) 3 S 101 (111); *Muller Brothers v Kemp* supra (148 149; daar word ook van *Van Zutven* [sic] gepraat, maar die werk was nie beskikbaar nie); *Thwaitz v Anderson's Executor* supra (205-207 209-210 212-213); *Jamieson v Board of Executors* (1859) 3 S 250 (252); *Meintjies v Oberholzer and Graafreinet Municipality* (1859) 3 S 265 (267); *Dayson v Ruthven* supra (283 285 290 295-296 307: daar word na die *"Lex xii Tabularum"* verwys en ook na Van der Keessel se *Dictata*!); *Bronn v Frits Bronn's Executors* (1860) 3 S 313 (315); *Caro v Enslin, Zinn and Others* (1860) 3 S 351 (353); *Horak v Horak* (1860) 3 S 389 (390); *South African Association v Botha* (1860) 3 S 401 (402); *Myburg v Jamison* (1861) 4 S 8 (13); *Van der Vyver v De Wayer* (1861) 4 S 27 (28 30 31); *McCarthy v Newton and Zeederberg* (1861) 4 S 64 (66); *Stewart and Co v Executors of Staines* (1861) 4 S 152 (159); *Troost v Ross, Executor of Hohenstein* (1863) 4 S 211 (213); *Gildenhuys v Swart* (1865) 5 S 165 (165); *Letterstedt v Morgan* supra (375: daar is reeds gemeld dat De Groot se *Apologia* hierin aangehaal is); *Friedlander v Croxford and Rhodes* (1867) 5 S (1867) 395 (396 397: hier word ook na Van der Keessel se *Dictata* verwys); *Levy v Calf* (1857) Watermeyer 1 (3 4: hier word na die *Inleidinge* en na *De Iure Belli ac Pacis* verwys); *Suffert v Laing* (1857) Watermeyer 6 (10); *Louw v Watermeyer, Trustee of Mostert* (1857) Watermeyer 36 (39).

33 Daar word ten eerste sake geneem uit die appèlhofverslae van 1922 tot 1924. Dit is verbasend dat daar minder sake is waarin Romeins-Hollandsregtelike gesag aangehaal word as wat 'n mens sou verwag met regters soos Kotzé, Innes, JAJ de Villiers en ander op die regbank. Die verklaring is natuurlik dieselfde as wat reeds genoem is, naamlik die aard van die geding, die steun wat gevind kan word in vroeëre gewysdes en ook uit meer moderne literatuur. Kyk egter waar De Groot in hierdie jare aangehaal word, bv in *McKenzie v Farmers' Co-operative Meat Industries Ltd* 1922 AD 16 (17: *De Iure Belli ac Pacis*); *Abbot v Bergman* 1922 AD 53 (56: hier word gehandel oor die belangrike aangeleentheid van die uitbreiding van die *actio legis Aquiliae* waarkragtens 'n eis aan 'n man toegestaan word vanweë die veroorsaking van die dood van sy vrou; die aangeleentheid is egter vroeër aangeraak in *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Warneke* 1911 AD 657 en dus word daar nie te veel op die gesag van die ou skrywers ingegaan nie); *R v Erasmus* 1923 AD 73 (hieruit blyk die regter se kennis van die Romeins-Hollandse gesag baie duidelik); *Frost v Leslie* 1923 AD 276 (279 280); *Tiopazi v Bulawayo Municipality* 1923 AD 317 (326); *Harrismith Board of Executors v Odendaal* 1923 AD 530 (539); *Makapan v Khope* 1923 AD 551 (552 553); *Neugebauer and Co Ltd v Hermann* 1923 AD 564 (566); *Surveyor-General (Cape) v Estate de Villiers* 1923 AD 588 (622 627: hier blyk die regters se kennis van die Romeins-Hollandse reg ook weer); *Rex v Christian* 1924 AD 101 (107 123 135: die kennis van Romeins-Hollandse reg is baie duidelik; interessant is die nadruk wat op *De Iure Belli ac Pacis* gelê word); *Gowan v Bowern* 1924 AD 550 (552); *MacDuff and Co Ltd (in liquidation) v Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd* 1924 AD 573 (hieruit blyk die regter se grondige kennis van Romeins-Hollandse reg); *Kunz v Swart* 1924 AD 618 (hieruit blyk ook weer die kenis van die Romeins-Hollandse reg, al is daar ook 'n afwykende beslissing: terug na die *dialectici*!).

Hier word nog 'n aantal gerapporteerde sake bygevoeg uit verskeie jaargange. Hulle is van mindere of meerdere belang, maar hulle wys hoe De Groot (en ander) 'n rol in die regspraak en die Suid-Afrikaanse reg speel: *(1) Cape Explosives Works Ltd v South African Oil and Fat Industries Ltd (2) Cape Explosives Works Ltd v Lever Brothers (South Africa) Ltd* 1921 CPD 244 (267 ev: ( 267 ev poskontrak – Kotzé maak gebruik van *De Iure Belli ac Pacis*); *Gibson*

Dit sou natuurlik moontlik wees om voort te gaan en uit al die hofverslae 'n statistiek saam te stel om te kyk hoeveel keer De Groot aangehaal is. Die statistiek is egter, soos algemeen bekend is, soos 'n bikini-baaikostuum: dit vertoon baie, maar die essensiële bly verberg. So is dit ook met De Groot se aanwending in die howe. Tot op hede word dikwels na hom verwys, maar dikwels ook nie. Dieselfde geld vir die Romeins-Hollandse reg en die ou skrywers as sodanig. Daar is reeds genoem dat Voet baie aangehaal word. In die moderne tyd is dit in besonder so, omdat sy *Commentarius* in Engels vertaal is en Gane se Voet stadig maar seker vir Voet self verdring. Ook word hy natuurlik baie aangehaal, omdat hy baie uitvoeriger as De Groot is, omdat De Groot, soos reeds gestel, 'n sintese van die reg weergee. Daar is ook daarop gewys hoe baie beslissings oor regspunte handel waar die Romeins-Hollandsregtelike skrywers nie juis van hulp is nie. Daar moet verder beken word dat die bevoegdheid om Latynse en Hollandse bronne te gebruik, afneem en daarom word vertalings meer populêr, met die gevaar dat die vertaling die bron verdring. Die feit dat daar steeds meer gewysdes is waarin regspunte reeds beslis is, dat daar steeds meer sekondêre bronne in die vorm van artikels of boeke beskikbaar is waarin die bronne, goed of sleg, verwerk is, maak die melding van al die ou bronne minder noodsaaklik. Maar gelukkig is daar tot vandag toe nog advokate en regters wat die bekwaamheid het om die reg na te vors, tot in sy wortels, en sodoende gaan ook De Groot se aansien en betekenis nie verlore nie.

Dit sal in besonder duidelik blyk as ons die oorsig van die regspraak afsluit met die verslae van die eerste maand van hierdie jaar. Dit sal blyk dat die tendens wat reeds genoem is, gehandhaaf word. Waar nodig, word die Romeins-Hollandse reg gehandhaaf. Die ou skrywers word gebruik met 'n deskundigheid wat goed, sleg of betreklik genoem kan word. Dit geld ook vir De Groot. Daar moet egter onthou word dat, soos reeds aangedui, daar nie so baie reggeleerdes is wat in staat is om die Romeins-Hollandse reg grondig te ken en die ou skrywers na waarde te gebruik nie, maar dat daar gelukkig ook ander regsgeleerdes is.

*v Van der Walt* 1952 1 SA 267 (A) (267 268: Cuiacius, Voet en Gothofredus word ook aangehaal); *Goldblatt v Fremantle* 1920 AD 123 (124 129); *Hackett v G and G Radio and Refrigerator Corporation* 1949 3 SA 664 (A) (682 683: De Groot se *Inleidende* in vertaling (Lee) word geraadpleeg; daar word baie na die Digesta verwys en baie verouderde gesag vir die intepretasie gebruik); *Hall v Milner* 1959 2 SA 304 (O) (313 314); *Hauman v Nortje* 1914 AD 293 (300); *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537 (548); *Kroonstad Westelike Boere Ko-operatiewe Vereniging Bpk v Botha* 1964 3 SA 561 (A) (562 567); *Wolson v Gerber* 1954 3 SA 94 (T) (100); *Bell v Swan* 1954 3 SA 553 (554); *Vaughan v SA National Trust and Assurance Co Ltd* 1954 3 SA 667 (K) (671, wat ook berus op *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Warneke supra*; so ook *Poene v Kroon* 1954 3 SA 910 (D); op dieselfde manier word in *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) gesteun op *Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 151); *Smit v Saipem* 1974 4 SA 918 (A) (927 930 931 942); *Nel v Cloete* 1972 2 SA 150 (A) (169); *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 (A) (399 406 411 412); *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) (348 491 498: daar is baie ander gesag ook aangehaal; daar kan verwys word na die woorde van Van der Heever: "Daardie benadering bewys egter dat daar in ons regsbedeling en regskenbronne heelwat dorre hout is wat uitgelees of oordeelkundig gelees moet word." (Die gesag wat aangehaal word is somtyds eienaardig.)

Ons verwys eerstens na *Strauss v De Villiers*[34] waar verwys word na De Groot, Sande, Huber *(Jurisprudence of my Time!)* en Groenewegen. Maar die sekondêre bronne (vorige gewysdes, artikels en boeke) is ver in die meerderheid. In *Par Excellence Colour Printing (Pty) Ltd v Ronnie Cox Graphic Supplies (Pty) Ltd*[35] word na Voet verwys. Maar in besonder moet na twee ander sake verwys word. Die eerste is *Johnson v Incorporated General Insurances Ltd*[36] waar sessie bespreek word. Die onderwerp word vanaf die Romeinse reg ondersoek. Joubert verwys na Voet, Vinnius, Van Leeuwen, Van der Keessel se *Dictata* op De Groot, Huber, Coccejus, Donnellus, Leyser, Jacobus de Arena en Sande. Die tweede saak is *Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk.*[37] Daar word gehandel oor toerekeningsvatbaarheid en deliktuele aanspreeklikheid vir nalatigheid van 'n kind. Hier ook word die vraagstuk ondersoek vanuit die Romeinse reg, deur die ou skrywers en deur die Suid-Afrikaanse gewysdes en skrywers heen. De Groot kom natuurlik ook ter sprake. Jansen verwys na die *Corpus Iuris Civilis*, Menochius, Accursius, Farinacius, Gomesius, Faber, Covarruvias, Tuldenus, De Groot, Vinnius, Matthaeus II, Groenewegen op De Groot, Corasius, Van Leeuwen, Duysentdaelders, Moorman-Van Hasselt, Decker, Van der Linden, Van der Keessel se *Dictata* op De Groot en *Ad Ius Criminale*, JD van Leeuwen, Averanius, Glück en Savigny. Joubert haal ook die *Corpus Iuris Civilis* aan; dan ook Gaius, Accursius, Johannes Fabriscus, Fara, Surdus, Bartolus, Baldus, Menochius, Faber, Voet, Van der Keessel se *Dictata* op De Groot en *Ad Ius Criminale* en Averanius. Niemand sal dit kan betwyfel nie dat daar nog regsgeleerdes is wat hulle Romeins-Hollandse reg en die skrywers van die verlede in ere hou en die stelsel en die werke van die skrywers kan hanteer. De Groot speel hierin sy juiste rol.

Vervolgens moet nog twee aangeleenthede aangeroer word om die betekenis van De Groot in Suid-Afrika nader toe te lig. Daar is reeds gemeld dat De Groot 'n belangrike rol by die onderrig in die Holland van destyds gespeel het. Daar is reeds na Voet, Scheltinga en Van der Keessel verwys. Hier in Suid-Afrika is daar seker slegs diegene wat selfstudie in die regte in die dae van die Republieke onderneem het, en dus gedwonge was om van die skrywers in die Transvaal en Vrystaatse *leges citationis* genoem, kennis te neem, wat De Groot ooit as leerboek gebruik het. Voor die laaste Wêreldoorlog sou die student op 'n Afrikaanse universiteit miskien aanbeveel gewees het om na die *Inleidinge* te kyk, maar geen dosent sou gewaag het om dit as 'n handboek te gebruik nie. Vandag word daar natuurlik gebruik gemaak van moderne handboeke wat deur die dosent opgestel is en vir sy student voorgeskryf word. De Groot se rol by die onderrig is dus maar van die allergeringste betekenis; dit is selfs 'n vraag hoeveel dosente hom raadpleeg of selfs sal of kan raadpleeg, behalwe in vertaalde vorm.

34 1983 1 SA 1 (A).
35 1983 1 SA 295 (A).
36 1983 1 SA 318 (A).
37 1983 1 SA 381 (A).

Wat die moderne regsliteratuur betref, is dit so dat diegene wat 'n artikel of boek of proefskrif skryf en die onderwerp histories benader, wel gedwing word om die gesaghebbende skrywers te raadpleeg en dus aan De Groot sy regmatige plek toe te ken. Hoe goed of swak dit gedoen word, hang van die skrywer af. 'n Groot gedeelte van die literatuur wat vandag geskryf word, handel natuurlik oor gebiede waar die Romeins-Hollandse reg nie juis 'n rol speel nie; dan word baie werke ook opgestel om die moderne reg weer te gee wat hoofsaaklik uit gewysdes en uit ander literatuur geput word. Dit spreek dus vanself dat De Groot nie juis dan ter sprake kom nie.

Ten slotte sal vervolgens van vier regspunte melding gemaak word waarin die invloed van De Groot nie die geringste is of was nie. Die betrokke aangeleentheid sal nie te grondig behandel word nie, maar slegs vir sover dit van belang is om De Groot se rol aan die lig te bring.

Die eerste en die oudste is die aangeleentheid van die vereiste wat De Groot in sy *Inleidinge* 3 1 52 stel,[38] naamlik dat kontrakte "redelicke oorzaecken" vereis. Hierdie saak was die onderwerp in die vroeë dae van 'n verskil van mening tussen die Kaapse[39] en Transvaalse[40] howe. In die Kaap wou Lord de Villiers die *iusta causa* gelykstel aan die "peppercorn consideration" van die Engelse reg. In die Transvaal is die *iusta causa* geïnterpreteer as die ernstige wil om gebonde te wees, terwyl die handeling nie in stryd met die reg of die goeie sedes is nie. Die geskil is ten slotte deur die appèlhof[41] beslis in ooreenstemming met die standpunt van die Transvaalse howe. Die hele vraag het hoofsaaklik gedraai om die interpretasie van De Groot se woorde.[42]

38 *Inleidinge*, 3.1.52: Maar gelijck de Duitschen van alle oude tijden gheen deugd en hebben geacht boven de trouwe, zoo en is by de zelve zodanige scherpzinnigheid niet aengenomen, maer verstaen ende gebruickt, dat alle toezegginghen die uit eenighe redelicke oorzaecken geschieden, door wat woorden het zoude mogen zijn, 't zy de luiden by malkander waren op eene plaets ofte niet, recht gaven om te eisschen, of om een eisch af te zetten.

39 *M'Tembu v Webster* (1904) 21 SC 323.

40 *Rood v Wallach* 1904 TS 187.

41 *Conradie v Rossouw* 1919 AD 279. Van besondere waarde is die uitspraak van wr de Villiers. Kyk ook o a na Wessels *The Law of Contract in South Africa* (2e uitg) I S 71-72; Hahlo en Kahn *The Union of South Africa – The Development of its Laws and Constitution*) (1960) 480 e v; Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background* (1973) 550 e v. Daar moet ook verwys word na die voortreflike bespreking van Kotzé van Wessels se *History* in verskeie jaargange (vanaf 1908 tot 1910) van die *SA Law Journal*: In 1910 *SALJ* 38 e v bespreek by De Groot en op 47 e v (vgl ook 1909 *SALJ* 504 e v die vn) die vraagstuk van die *iusta causa*. Hy verdedig die standpunt van Van Leeuwen en wys daarop dat laasgenoemde oor 'n ander *iusta causa* praat, naamlik een wat in die Romeinse reg bekend was. Daar sal seker algemeen met hom saamgestem word. Kyk ook Meijers 1938 *THRHR* 43 e v.

42 Dit is tipies dat De Groot die vereiste baseer op die feit dat "de Duitschen van alle oude tijden gheen deugd en hebben geacht boven de trouwe." Van Apeldoorn a w in sy kommentaar wys daarop dat De Groot darem ver gaan. Dit is owerigens bekend dat die vereiste van 'n *iusta causa contractus* uit die Romeinse reg (*D* 44 4 2 3) stam; dat dit in die Middeleeue gehandhaaf is, toe langsamerhand elke ooreenkoms wat ernstig aangegaan is as 'n kontrak kon dien indien dit nie in stryd met die reg en die goeie sedes is nie; dat, danksy die Kanonieke invloed, daar ook gevoel is dat 'n *causa* slegs as *iusta* beskou kan word, as die gebonde party nie te kort gedoen word nie; dat, uit hierdie agtergrond, ook die vereiste van "peppercorn consideration" sy oorsprong het en dus dat die vereiste van "peppercorn consideration" en iusta causa, soos vandag verstaan, aan mekaar verwant is en eintlik dieselfde doel nastreef. Daar kan verwys word na Ma-

Daar kan verder verwys word na die saak van *Alpha Trust (Edms) Bpk v Van der Watt*.[43] Die vraag het gegaan oor die omvang van die aanspreeklikheid van die verkoper, indien die koper uitgewin word. Daar is (altans oënskynlik) 'n teenstrydigheid tussen De Groot se uitlatings in sy *Inleidinge* 3 14 6 en 3 15 4.[44] Die hof moes die punt op hierdie twee tekste (natuurlik met inagneming van ander gesag) beslis, aangesien De Groot in sy kort weergawe nie duidelik genoeg is nie.

Verder mag verwys word na die netelige vraag of daar in ons reg 'n algemene verrykingsaksie is. Dit is op die oomblik 'n twispunt. Aan die een kant staan die appèlhof wat in *Nortje v Pool*[45] beslis het dat ons reg nie so 'n aksie ken nie. In daardie saak is na De Groot verwys en dit is deel van die gesag waarop die beslissing berus.[46] Daarenteen is daar die mening van skrywers wat aanvoer dat daar wel so 'n aksie bestaan. Die groot voorstander van hierdie mening in Suid-Afrika is Wouter de Vos[47] en hierdie standpunt word ook op die woorde

zeaud et Mazeaud *Leçons de Droit Civil*, II 226 vn: Douzième et treizième lecons (1966); Carbonier *Droit civil* 4 (1976) 106 sq ev (wat na Domat verwys); Planiol-Ripert *Traité pratique de droit civil français* IV (1952) 316 ev; Meijers 1938 *THRHR* 43 ev.

43 1975 3 SA 734 (A).

44 3 14 6: "*Tot waering*: wel is waer dat oorspronckelick koop, als komende in plaets van reuiling, alleen heeft ghedient om iemand den eighendom over te doen dragen, gelijck noch sulcks de meening van de handelaers behoort te sijn, maer door dien dickmael ghebeurt dat iemand meent 't sijne te zijn 't gunt daer nae bevonden werd het sijne niet te zijn, ende den kooper in sulcken gevalle dickmael niet wel en soude zijn gedient met vernieting van de handeling, is goed ghevonden dat de handeling soude bestandig blijven, ende dat den verkooper den kooper den eigendom soude doen hebben: sóo niet, dat hy den kooper boven den koopschat soo veel soude vergoeden, als den selven kooper aen den eigendom vande saeck gelegen was, 't welck-men noemt waeren, ende die tot sulcks gehouden is, waerhand."

3 15 4: "Aen des verkoopers zijde bestaet de nakominge daer in, dat den verkooper, indien hy eigenaer is van het verkochte goed, schuldig is den kooper daer in te eigenen: 't welck gheschied door lovering ende inleiding in het bezit, te weten indien te vooren het koop-geld verzeeckert ofte den kooper vertrout is, zulcks als hier vooren is gezeit, daer van de bekominge van eigendom is ghesproken. Alwaer den verkooper geen eigenaar zoo zoude hy schuldig zijn den kooper te leveren het vrij bezit, zulcks dat den kooper niet rechtelick werdende aengesproocken door verjaeringe den eigendom zoude mogen bekomen, gelijck hy schuldig is des vermaent zijnde den kooper te doen aanwijzinge van de belenden, ende overlevering van alle bewijs dat onder hem is berustende. Indien den kooper gemoeit werd is den verkooper gehouden tot waering, zulcks als hier vooren is ghezeit. Des is den kooper ghehouden, zoo wanneer hem rechtelick moeite werd aenghedaen over des verkochte zaecks eighendom, in 't geheel ofte ten deele, den verkooper daer van tijdelick de weet te doen, die als dan het recht voor hem schuldig is aen te nemen: Anders zoude den kooper versteecken zijn van sijn verhael, ten waer buiten alle twijffel de zaeck een ander toequaem, maer indien de zaecke den kooper door sijn schuld ofte by hooger hand werd afgenomen, daer en is den verkooper niet in gehouden. De zaecke rechtelick zijnde uitghewonnen, heeft den kooper sijn keur of hy wil weder-eisschen de waerde van de zaeck, zulcks die was ten tijde van de koop-dag, ofte alle 't gunt hem daer aen was gelegen dat de zaecke niet uitgewonnen en ware geweest."

45 1966 3 SA 96 (A).

46 Kyk 115 119-120 135.

47 *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (1971) in besonder 58 ev. Kyk verdere literatuur onder sy naam in sy bibliografie in die boek, asook die geskrifte van Scholtens daar aangehaal. Ook moet bygevoeg word: Feenstra "De Betekenis van De Groot en Huber voor de Ontwikkeling van een Algemene Actie uit Ongerechtvaardigde Verrijking" in *Uit het Recht, Rechtsgeleerde Opstellen aangeboden aan Mr PJ Verdam* (1971) 137 ev.

van De Groot gebaseer.[48] Dit is opvallend dat De Vos voor in sy boek hierna verwys. Natuurlik is hierdie woorde (wat ook al vir die teenoorgestelde mening aangevoer is) nie die enigste steun vir die standpunt is nie, maar dat daar ook in besonder op Willem Pauw se *Observationes*[49] staat gemaak word.

Ten slotte kan daar nog na 'n laaste regspunt verwys word. Dit is naamlik die uitbreiding van die *lex Aquilia* tot 'n modernregtelike standpunt waarkragtens dit 'n onregmatige daad is, wanneer iemand opsetlik of nalatig en strydig met die reg of goeie sedes vermoënskade vir 'n ander veroorsaak. Dit is bekend dat die *actio legis Aquiliae* reeds in die Romeinse reg 'n uitbreiding ondergaan het, in dié sin dat die praetor bereid was om op kasuïstiese wyse 'n praetoriese aksie te verleen in gevalle waar vermoënskade veroorsaak is; dat gedurende die Middeleeue, weer as gevolg van 'n strewe tot billikheid, die gedagte stadig maar seker posgevat het dat vermoënskade vergoed moet word onder die genoemde omstandighede. Dit wil voorkom of die Romeins-Hollandsregtelike skrywers nie bereid was om die *actio legis Aquiliae* in so 'n mate uit te brei nie, maar steeds saakbeskadiging vereis het.[50] Daar het in die Suid-Afrikaanse reg egter 'n uitbreiding gekom.[51] Wat interessant is, is dat hierdie uitbreiding nie alleen

48 *Inleidinge* 3 30 3: "Deze verbintenisse is het aengheboren recht de naeste: want die billickheid laet niet toe nae de scheidinge der eigendommen, dat iemand hem zal verrijcken over eens anders schade" Vgl *De Iure Belli ac Pacis* II 10 2 1.

49 *Observationes Tumultuariae Novae*, in besonder no 12. Dit is nie die juiste plek om op die saak in te gaan nie. Daar moet egter op gelet word dat De Groot weer met 'n sintese kom – 'n kort samevatting wat ooreenstem met sy opvatting van die *ius naturale*. Dit moet onthou word dat, al is daar so 'n algemene verrykingsaksie, dit ongetwyfeld slegs toegelaat sal word waar die verryking in stryd met die reg (selfs as daar 'n ander regsmiddel is?) of met die goeie sedes is. Dit sal slegs dan as onregverdig of onbillik beskou kan word dat die een party teenoor die ander verryk is. Dit is presies wat die praetor in Rome gedoen het: hy was bereid om 'n *condictio* te verleen, van geval tot geval, waar die beskouing geheldig is dat die een op 'n onbillike manier ten koste van 'n ander verryk is. Die vraag is of dit nie ook so in die Hollandse prosesreg gebeur het nie. Die *Hooge Raad* het nie die motivering vir sy uitsprake gepubliseer nie. 'n Mens kan jou dit goed voorstel dat, in die praktyk, as dit onbillik sou wees om die reg streng toe te pas, 'n hof geneig sou wees om billikheidsoorweging te laat seëvier. Dit gebeur vandag ook. Die hof help graag die man wat op 'n onregverdige of onbillike manier in die knyp sit. 'n Mens kan jou voorstel dat dit nog makliker is vir 'n geregshof wat nie sy beslissing hoef te motiveer nie, anders as wat die gebruik vandag by ons is. Die vraag is dus of dit nie meer 'n verskil van semantiese aard is nie, wanneer, aan die een kant, die algemene verrykingsaksie erken word en, aan die ander kant, dit weer ontken word.

50 Kyk byvoorbeeld Voet *Commentarius* 9 2; De Groot *Inleidinge* 3 37 en Van der Keessel se *Dictata* daarop, trouens, ook sy *Dictata* op *Inleidinge* 3 32 12: Kyk verder vn 51 53 infra 33. Ook die volgende noot.

51 Skynbaar is die eerste Suid-Afrikaanse saak waarin hierdie aangeleentheid pertinent na vore gekom het, dié van *The Cape of Good Hope Bank v Fischer* (1866) 4 SC 368. Lord De Villiers verwys daar na *Decis Fris* 3 12 15 en Matthaeus De Auct 1 19 86, maar dit lyk nie of die punt daar gestel is ooreenkomstig 'n algemene reël nie. Hoe dit ook al mag wees, die regter stel dit soos volg: (376) "It appears from both these authors that in their time the Aquilian law had received an extension by analogy to a degree never permitted under the Roman law. The action *in factum* was no longer confined to cases of damage done to corporeal property, but was extended to every kind of loss sustained by a person in consequence of the wrongful acts of another, and thus extended, bore a curious analogy to the action on the case in English law."

Hierdie gedagtegang word skerper gestel in die saak van *Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 151, waar Watermeyer hom op die volgende manier oor die punt uitlaat (155): "In the first place it must be remembered that the English law of torts, though it is freely followed in our courts,

vandag algemeen aanvaar word nie, maar ook aan De Groot toegeskryf word. Op die oomblik is die gesaghebbendste werk in Suid-Afrika op die gebied van die deliktereg dié van Van der Merwe en Olivier[52] en hulle verwys ook voor in hul boek na De Groot se *Inleidinge* 3 32 2[53] as hul uitgangspunt. Daar hoef nie hier gevra te word of dit korrek is of nie.

Ter afsluiting kan gekonstateer word dat De Groot se betekenis vir die moderne Suid-Afrikaanse reg groot is, of daar nou òf na die praktyk òf na die teoretici gekyk word. Sy aansien is somtyds meer te danke aan sy roem as aan deeglike kennis van sy werke, want dikwels ontbreek die bekwaamheid om die Romeins-Hollandse reg of sy skrywers na waarde te beoordeel. Soos reeds genoem, het die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg in 'n aansienlike mate van die eintlike Romeins-Hollandse reg weggegroei en dus het die betekenis van De Groot ook om dié rede afgeneem. Van groot belang is die feit dat wat hy meedeel reeds in 'n groot mate in beslissings of latere literatuur verwerk is en dat sy aktuele betekenis deur die gebruik van sodanige sekondêre bronne afneem. Dan ook het die groot skrywers oor die Romeins-Hollandse reg (en hier kan Voet in besonder vermeld word) hom ook in 'n mate oorskadu. En ten slotte het, soos ook reeds gemeld, die agting wat die Romeins-Hollandse reg (en dus ook die ou skrywers) in 'n mindere of meerdere mate geniet, òf gedurende sekere tydperke, òf by sekere indiwidue of groepe, dikwels die gevolg dat die Romeins-Hollandse reg en die ou skrywers (waaronder natuurlik De Groot) dikwels baie lof toegeswaai word, dog sonder dat dit van werklike waarde is. Dat De Groot na byna vier eeue op die agtergrond beland by die toepassing van Romeins-Hollandse reg in die moderne Suid-Afrika, is dus nie vreemd nie. 'n Mens kan maar dink aan wat met die Romeinse reg na ongeveer vyftien eeue gebeur het en ook met die *Code Civil* na amper twee eeue. 'n Mens kan ook vermoed wat in die toekoms sal gebeur, maar jy hoef nie nou voorspellings daaroor

is not always a safe guide for solving a problem which arises under Roman Dutch Law. This is due to historical reasons. Some writers in the English law of Torts hold the view that there is no general principle of liability for damage caused to another, but that there exists what I may call a catalogue of acts or omissions which are actionable . . . Other writers differ from this view . . . At any rate, this idea of a catalogue of torts has influenced the development of the law in England. It is opposed in principle to other European systems of law which as a rule start with the general principle that all damage caused wilfully or negligently is actionable unless it can be justified or excused. For example, the French Code Art. 1383 provides *chacum est responsable du domage qu'uil a cause, nonseulement par son fait, mais encore par sa negligence ou par son imprudence.*" (Die skryffoute is nie myne nie.) Die regter gaan verder: "The difference in outlook has lead to a different method of approaching a new problem. In general it may be said that when the point arose whether a particular act or omission causing damage was actionable the question was asked whether the act which caused the damage was one of the recognised torts; if not, it was not actionable; in other systems the question was whether the act could be justified or excused, if not, it was actionable." So ken die moderne reg die algemene deliksaksie met al die probleme en verkeerde antwoorde daaraan verbonde.

52 *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1980). Daar moet egter melding gemaak word van die boek van RG McKerron, *The Law of Delict* (7e uitg, 1971) wat ongelukkig verouderd geraak het, maar nog steeds uitstekende diens lewer.

53 *Inleidinge* 3 32 12: "Tot weder-evening dan zijn gehouden alle die eimand door misdaed hebben verkort, oock die de daed niet en hebben gedaen, maer die de daed ofte 't gevolg van dien, voor soo veel iemand daer by is verkort, eenigzins veroorzaken door doen ofte laten."

te maak nie. Hoe dit ook al mag wees, aan die inherente betekenis van De Groot en sy juridiese werk maak dit geen verskil nie. Dit is in besonder sy *Inleidinge* wat sy betekenis in die Suid-Afrikaanse regslewe daarstel en, om die aangehaalde woorde van Lee te herhaal, "within its sphere it is a classic." Die "sphere" is natuurlik 'n inleiding: 'n beknopte weergawe wat in die eerste plek as 'n leerboek bedoel is. Dit is 'n "classic" in die sin dat dit, in 'n sekere mate, 'n maatstaf daarstel, dog een afkomstig uit die verlede, wat meer eer toebedeel word as wat dit werklik betekenis vir die nakomelinge het: "Quod laudandum, sed non legendum." □

*Sic ubi iusta est punitio, iusta etiam vis omnis, sine qua ad poenani veniri non potest: et omne quod poenae pars est, ut rerum corruptio per incendium aut aliter, intra iustum scilicet et qui peccato respondeat modum.*

De Iure Belli ac Pacis *3 1 2 3*

# AANTEKENINGE

## DIE ONREGMATIGHEIDSVEREISTE BY DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID WEENS DIE NALATIGE VEROORSAKING VAN SUIWER EKONOMIESE VERLIES

Resente regspraak onderstreep die feit dat skadevergoeding weens suiwer ekonomiese verlies (dit is vermoënsverlies wat nie die gevolg van saakbeskadiging of persoonlikheidskrenking is nie) in beginsel *ex lege Aquiliae* verhaalbaar is. In *Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Co (Pty) Ltd* 1982 4 SA 371 (D) 377 stel regter Booysen dit soos volg:

> "The legal basis of the plaintiff's claim is the *lex Aquilia.* In essence the Aquilian action lies for patrimonial loss caused wrongfully (or unlawfully) and culpably. Although the contrary view had long been held by many authorities, it seems clear that the fact that the patrimonial loss suffered did not result from physical injury to the corporeal property or person of the plaintiff, but was purely economic, is not a bar to the Aquilian action."

(Sien in die algemeen ook *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd* 1978 4 SA 901 (N); *Hefer v Van Greuning* 1979 4 SA 952 (A) 958-959; *Shell and BP SA Petroleum Refineries (Pty) Ltd v Osborne Panama SA* 1980 3 SA 653 (D) (1982 4 SA 890 (A) 900-901); *Franschhoekse Wynkelder (Ko-op) Bpk v SAR and H* 1981 3 SA 36 (K); *Tobacco Finance (Pvt) Ltd v Zimnat Ins Co Ltd* 1982 3 SA 55 (Z); en ivm nalatige wanvoorstelling in die besonder *SA Bantoetrust v Ross en Jacobsz* 1977 3 SA 184 (T); *Administrateur, Natal v Bijo* 1978 2 SA 256 (N); *EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin* 1979 2 SA 702 (OK); *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A); vgl *Kern Trust (Edms) Bpk v Hurter* 1981 3 SA 607 (K). Sien hierteenoor *Combrinck Chiropraktiese Kliniek (Edms) Bpk v Datsun Motor Vehicle Distributors (Pty) Ltd* 1972 4 SA 185 (T).)

Die vanselfsprekende kwalifikasie is dat die dader se optrede inderdaad aan die algemene vereistes vir Aquiliese aanspreeklikheid moet beantwoord. Nou is dit ongelukkig so dat hierdie vereistes – veral dié van onregmatigheid – nie altyd suiwer deur die howe toegepas word nie. In wat volg word die regspraak se hantering van hierdie vereiste daarom aan 'n kritiese beskouing onderwerp. Terselfdertyd word gepoog om die teoreties meer aanvaarbare benadering aan te dui. (Deliktuele aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies wat volg op 'n nalatige wanvoorstelling word grootliks buite rekening gelaat. Weens die besondere aard van hierdie handeling is die onregmatigheidsvereiste aan 'n eiesoortige benadering onderworpe: sien Neethling en Potgieter 1980 *De Rebus* 179-182.)

As uitgangspunt word aanvaar dat die onregmatigheid van 'n handeling in ons reg basies òf in die skending van 'n *subjektiewe reg* òf in die nie-nakoming van 'n *regsplig* om benadeling te vermy (norm- of pligskending), geleë is (*Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 387). Hierdie uitgangspunt geld in die besonder ook op die gebied van aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies (sien die *Coronation Brick*-saak 379-380; sien ook Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 36 en die *Franschhoekse Wynkelder*-saak 40 waar na Van der Walt verwys word). Skending van 'n subjektiewe reg kom op hierdie gebied nogal dikwels voor – soos in die geval van onregmatige mededinging waar die reg op die werfkrag (sien bv *Geary and Son (Pty) Ltd v Gove* 1964 1 SA 434 (A) 440-441; Van der Walt 35 36 vn 16) in gedrang kom, of die bemoeiing met die kontraktuele verhouding van 'n ander waar 'n vorderingsreg op die spel is (sien bv die *Shell and BP*-saak en my bespreking in 1981 *THRHR* 79). Nietemin is die onregmatigheid van 'n handeling by die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies vir die regspraak feitlik deurgaans – gevalle van onregmatige mededinging uitgeslote – in die nie-nakoming van 'n regsplig geleë (sien bv die *Coronation Brick*-saak 384-387; die *Franschhoekse Wynkelder*-saak 40-41; die *Shell and BP*-saak 659; die *Zimnat*-saak 61-62). Hierdie benadering is aanvaarbaar mits maar in gedagte gehou word dat waar daar wel 'n subjektiewe reg in gedrang kom, onregmatigheid ewe goed in die skending van dié reg – as keersy van die regsplig – geleë kan wees.

Die vraag ontstaan nou volgens welke maatstaf bepaal moet word of daar in die besondere omstandighede 'n regsplig om benadeling te vermy op die dader gerus het, die verbreking waarvan tot onregmatige skadeveroorsaking aanleiding gegee het. Volgens appèlregter Jansen (*Marais v Richard* 1981 1 SA 1157 (A) 1168) "word die grense van onregmatigheid [vandag] by ons gesoek in die toepassing as grondnorm van wat die 'algemene redelikheidsmaatstaf' genoem kan word." Daarom moet ook by die vasstelling van die regsplig steeds gekyk word "na die redelikheid al dan nie van die dader se optrede in die lig van die benadeling wat die getroffene ly" (sien Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die SA Reg* (1980) 61). Die redelikheidskriterium is 'n *objektiewe* maatstaf wat toegepas word met verwysing na die algemene regsoortuiging van die gemeenskap *(boni mores)*. (*Ibid*; *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597; die *Tommie Meyer*-saak 387; die *Coronation Brick*-saak 379-381). Die toepassing van die *boni mores*-maatstaf weer behels basies 'n afweging van die belange wat die dader inderdaad met sy handeling bevorder het teenoor die belange wat hy inderdaad met sy handeling aangetas het. By hierdie afweegproses is ook die gemeenskapsbelang relevant (sien die *Tommie Meyer*-saak 387). In die *Coronation Brick*-saak (384) vat die hof hierdie gedagtes met betrekking tot die onregmatigheidsvraag by aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies soos volg saam:

> "It would seem therefore that in determining in a given case whether the defendant's conduct which resulted in foreseen or foreseeable economic loss was unlawful or wrongful the question is whether it would in all the circumstances be *reasonable*

> to recognise that defendant owed the plaintiff a *legal duty* or duty of care ... Although it is not possible to lay down hard and fast rules, certain guidelines have been laid down by our Courts. A defendant's conduct, including an omission, is regarded as unlawful when the circumstances of the case are of such a nature that it not only incites moral indignation but also that the *legal convictions of the community* demand that it ought to be regarded as unlawful and that the damage suffered by the plaintiff ought to be made good by the defendant.
>
> "In determining whether conduct is of such a nature as to be determined unlawful, the Court must carefully *balance and evaluate the interests of the concerned parties*, the relationship of the parties and the social consequences of the imposition of liability in that particular type of situation" (my kursivering).

Hierdie uiteensetting inaggenome, kom dit voor of die kwessie van onregmatigheid in die huidige verband soos volg hanteer moet word. Weens die verskil in benadering is dit nodig om tussen 'n *commissio* en 'n *omissio* te onderskei. Wat eersgenoemde betref, behoort die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies weens die inwerking op 'n *geregverdigde vermoënsbelang* (dit wil sê 'n belang wat regtens erkenning en beskerming geniet) *in beginsel* as onregmatig aangesien te word. Daar behoort dus prinsipieel 'n regsplig te bestaan om vermoënsbenadeling van 'n ander te vermy (vgl nietemin mbt nalatige wanvoorstelling Neethling en Potgieter 180). Onregmatigheid behoort slegs ontken te word indien 'n geregverdigde vermoënsbelang aan die kant van die benadeelde ontbreek (soos waar die eienaar van 'n fabriek, wat onwettige produkte vervaardig, produksieverlies ly weens die beskadiging van die fabriek se elektrisiteitstoevoer), of indien daar *regverdiging* vir die dader se optrede bestaan. Regverdiging bied nie slegs die tradisionele regverdigingsgronde nie, maar ook die uitoefening van 'n geregverdigde belang of 'n subjektiewe reg, soos eiendomsreg of die reg op die werfkrag (vgl ivm laasgenoemde die *Franschhoekse Wynkelder*-saak 38). Afgesien hiervan bestaan daar myns insiens geen rede waarom die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies aan 'n ander regtens toelaatbaar of geoorloof behoort te wees nie, want word die partye se belange afgeweeg, is die optrede van die dader beslis *onredelik* in die lig van die benadeling wat die getroffene ly. Daarom behoort dié optrede nie net morele verontwaardiging uit te lok nie, maar volgens die regsoortuiging van die gemeenskap as onregmatig beoordeel te word.

Anders as in die geval van 'n *commissio*, is dit egter indien die dader *versuim* om deur positiewe optrede vermoënsbenadeling van 'n ander te voorkom. In die geval van 'n *omissio* of 'n late is die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies beslis nie prinsipieel onregmatig nie. Soos bekend (sien Van der Walt 29), bestaan daar in beginsel nie 'n regsplig om positief – handelend op te tree ten einde benadeling van andere te voorkom nie. Hierop hoef egter nie verder ingegaan te word nie. Die beginsels wat met betrekking tot aanspreeklikheid vir 'n late by saakbeskadiging of persoonlikheidskrenking van toepassing is (sien Van der Walt 29-33), geld *mutatis mutandis* hier.

Ten spyte van die oënskynlike goedkeuring van die redelikheids- of *boni mores* – kriterium as toets vir die bepaling van die regsplig, bewys die reg-

spraak in baie gevalle egter slegs lippediens aan hierdie kriteria. In der waarheid word die regsplig veelal bepaal aan die hand daarvan of benadeling van die eiser *redelikerwys voorsienbaar* was. Volgens die howe is benadeling dan redelikerwys voorsienbaar indien die verweerder inderdaad *subjektief voorsien* oftewel *geweet* het dat nalatige optrede aan sy kant vermoënsverlies vir die *eiser gaan* meebring (sien die *Coronation Brick*-saak 386-387; sien ook die *Shell and BP*-saak en my bespreking in 1981 *THRHR* 79-80; vgl nietemin die *Zimnat*-saak 61-63). In die *Coronation Brick*-saak, waar die verweerder die elektrisiteitstoevoer na die eiser se fabriek beskadig het, verduidelik die hof die vasstelling van die regsplig op hierdie wyse soos volg (386):

> "It seems to me on balance that the circumstances alleged are of such a nature that the defendant's alleged conduct does incite moral indignation and offends against the legal convictions of the community. I believe that the attitude of the community to defendant's alleged conduct would be 'but for heaven's sake, *you knew precisely where the cables were; you knew that if they were cut plaintiff would suffer a substantial loss of income, surely there was a legal duty on you to take measures to avert the loss*'. It follows that it is my view that the legal convictions of the community demand that the alleged conduct of the defendant and its driver, if he had been duly warned, be branded unlawful and that the damage suffered should be made good" (my kursivering).

Hierdie benadering is vatbaar vir kritiek. Redelike voorsienbaarheid van benadeling as prognose het hoegenaamd geen rol te speel by die vasstelling van die regsplig by onregmatigheid nie, aangesien onregmatigheid *ex post facto* deur middel van 'n diagnose beoordeel word. Die funksie wat voorsienbaarheid tradisioneel vervul by die bepaling van die Engelsregtelike "duty of care" behoort gevolglik uit ons reg geweer te word (sien hr Rumpff se bespreking in die *Trust Bank*-saak 833-834). Dit geld in die besonder ook die kwalifikasie van subjektiewe voorsienbaarheid. Hierbenewens moet voor oë gehou word dat onregmatigheid *objektief* beoordeel word. Daarom is dit totaal onaanvaarbaar om die juridiese geoorloofdheid al dan nie van die dader se optrede van sy *wete* of *kennis* dat die eiser benadeel gaan word, te laat afhang.

Afgesien van redelike voorsienbaarheid van benadeling is die regspraak in tweede instansie van mening dat *openbare beleidsoorwegings* ook 'n rol kan speel by die bepaling van die regsplig in die huidige verband. Gewoonlik word hier gepraat van die "policy based aspect of the 'duty of care' concept, by means of which the scope of delictual liability is judicially controlled" (sien die *Shell and BP*-saak 659; die *Franschhoekse Wynkelder*-saak 40; die *Coronation Brick*-saak 381-382; die *Zimnat*-saak 61; sien ook Van der Walt 36). Beleidsoorwegings wat veral hier te pas kom, is dat die situasie "one fraught with an overwhelming potential liability" is, soos waar die gewraakte optrede waarskynlik 'n "multiplicity of actions" wat "socially calamitous" kan wees, tot gevolg gaan hê (sien die *Greenfield*-saak 916-917; die *Coronation Brick*-saak 383-384 386-387; die *Franschhoekse Wynkelder*-saak 39-40; die *Zimnat*-saak 63-65). In sodanige omstandighede word dan te kenne gegee dat die verweerder nie 'n regsplig gehad het om benadeling te vermy nie. In die *Franschhoekse*

*Wynkelder*-saak het die hof inderdaad die aksie onder andere op grond van beleidsoorwegings afgewys. Met verwysing na sake (41-42) waarin te kenne gegee is dat die nalatige bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding deur 'n derde om beleidsoorwegings nie ageerbaar is nie (*Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corp Ltd* 1956 1 SA 577 (A); *Nkabinde v SA Motor and General Ins Co Ltd* 1961 1 SA 302 (N); *Kruger v Strydom* 1969 4 SA 304 (NK); vgl nietemin my bespreking in 1981 *THRHR* 79), verklaar die hof naamlik (41):

> "No considerations of policy have been advanced to us to justify the extension of the Aquillian action so as to cover the facts of the present case, and I can see none."

Ook hierdie benadering van die regspraak is vatbaar vir kritiek: Dit gaan net eenvoudig nie op om die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies aan andere om genoemde beleidsoorwegings as *regmatig* te bestempel nie. Hierdie oorwegings verskaf tog sekerlik nie regverdiging vir die verweerder se optrede nie. Sy optrede bly steeds – en soveel te meer – onredelik in die lig van die benadeling wat die getroffene(s) ly. Daarom behoort die regsplig om benadeling te vermy baie beslis ook te bestaan wanneer die verweerder byvoorbeeld 'n "multiplicity of actions" in die gesig sou staar. Die teenoorgestelde beskouing noop die afleiding dat indien die dader se optrede 'n dreigende, omvangryke vermoënsbenadeling vir 'n groot aantal persone (soos fabrikante) inhou, nie een van hulle om 'n interdik aansoek kan doen nie omdat genoemde beleidsoorwegings 'n regsplig om skade te vermy, en sodoende ook (dreigende) onregmatigheid, uitsluit – 'n onhoudbare toedrag van sake!

Die voorgaande beteken vanselfsprekend nie dat die toets van redelike voorsienbaarheid of openbare beleidsoorwegings hoegenaamd geen funksie het by die vasstelling van *aanspreeklikheid* weens suiwer ekonomiese verlies nie. Soos reeds met betrekking tot nalatige wanvoorstelling beklemtoon is (sien Neethling en Potgieter 181-182), kan eersgenoemde toets 'n belangrike rol by die vraag na aanspreeklikheidsbegrensing of toerekenbaarheid van skade speel, dit wil sê die vraag vir welke gevolge van sy onregmatige en nalatige optrede die dader aanspreeklik gehou moet word. En hier kan met redelike sekerheid aanvaar word dat benadeling van 'n persoon volgens die howe redelikerwys voorsienbaar is indien die dader op die oomblik van sy onregmatige en nalatige optrede *geweet* het wie deur sy optrede benadeel *gaan* (nie *kan* nie) word, dit wil sê indien die *identiteit* van die persoon of persone wat benadeel *gaan* word op daardie oomblik vasstaan (sien die *Coronation Brick*-saak 386-387; die *Shell and BP*-saak en my bespreking in 1981 *THRHR* 80).

Wat die rol van beleidsoorwegings betref, kan die volgende gestel word. Alhoewel hierdie oorwegings, soos aangevoer, nie die regmatigheid al dan nie van die dader se optrede by die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies behoort te beïnvloed nie, het hulle toepassing deur die regspraak nogtans tot gevolg dat die dader se aanspreeklikheid geheel en al uitgesluit word. Indien mens nou aanvaar dat "an overwhelming potential liability" genoegsame rede verskaf om die dader vry te laat uitgaan, dan behoort sodanige vryspraak slegs te

geskied waar die dader inderdaad 'n te wye aanspreeklikheid sal oploop (waarmee bedoel word dat byvoorbeeld in die geval van 'n "multiplicity of actions" elkeen van die eise beslis sal slaag omdat die dader se optrede ten aansien van elk aan al die vereistes van die Aquiliese aksie – ook dié van voorsienbaarheid van benadeling in genoemde betekenis – voldoen). Wanneer dit die geval sal wees, sal van die omstandighede afhang. Waar byvoorbeeld slegs 'n enkele eis (of benadeling) voorsienbaar is terwyl daar 'n element van spekulasie bestaan oor die identiteit van ander moontlike eisers (hulle behoort met ander woorde tot "an unascertained class of potential victims"), behoort die eerste eis nie weens beleidsoorwegings te faal nie. Aanspreeklikheid met betrekking tot die ander moontlike eisers word in sodanige geval deur voorsienbaarheid van benadeling as aanspreeklikheidsbegrensingsmaatstaf uitgesluit (vgl ook die *Coronation Brick*-saak 386-387).

So gesien, het die beleidsoorwegings by aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies presies dieselfde funksie as die beleidsoorwegings wat die beginsel van *de minimis non curat lex* fundeer: aanspreeklikheid word naamlik ontsê ten spyte daarvan dat al die elemente van die onregmatige daad aanwesig is. Die vraag ontstaan waarom beleidsoorwegings die effek het dat die "skade rus waar dit val" *(res perit domino)*, ten spyte daarvan dat die dader se optrede aan al die vereistes vir Aquiliese aanspreeklikheid voldoen. Al gevolgtrekking is dat die howe aanvoel dat die algemene deliksbeginsels dan nie geskik is om die situasie bevredigend te hanteer nie. 'n Verskuiwing van die skadelas sal naamlik tot gevolg hê dat die dader 'n te wye of omvangryke aanspreeklikheid opdoen. In hierdie omstandighede word gevolglik nie die dader nie, maar die benadeeldes of potensiële benadeeldes geag in die beste posisie te wees om die skadelas te hanteer. Sodoende word hulle as 't ware gedwing om hulle eie heil – byvoorbeeld deur middel van versekering – uit te werk.

In laasgenoemde verband is dit van belang om te vermeld dat in die Engelse reg in een besondere geval van suiwer ekonomiese verlies, naamlik produksieverlies weens die nalatige beskadiging van kragtoevoer, aanspreeklikheid bloot om laasgenoemde oorweging *geheel en al* ontken word (sien *SCM v Whittall* (1971) 1 QB 337 (CA); Fleming *The Law of Torts* (1977) 172-173). Fleming (173) motiveer hierdie reëling soos volg:

> "The opposition to recovery for lost production rests principally on the reasoning that the plaintiff is better able to calculate such losses into his own cost structure and pass them on to his customers than the defendant who, be he businessman or private motorist, cannot foresee the amount of such losses (as distinct from the accident itself) and would have to protect himself through the far more costly and clumsy device of liability insurance."

(Vgl ook Atiyah *Accidents, Compensation and the Law* (1982) 88-91). Indien hierdie beredenering geldig is, moet die beslissing in die *Coronation Brick*-saak, waar aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese produksieverlies weens die nalatige beskadiging van elektrisiteitstoevoer weer in beginsel erken is, miskien in heroorweging geneem word.

Hierbo is aanvaar dat "an overwhelming potential liability" genoegsame rede bied om die dader se aanspreeklikheid te ontken. Die vraag is egter of hierdie oorweging werklik vir 'n sinvolle en rasionele *toepassing* deur die howe vatbaar is. Myns insiens is die antwoord hierop negatief en wel om die voor-diehand-liggende rede dat dit in die reël uiters moeilik – trouens onmoontlik – gaan wees om te besluit of die omvang van die dader se aanspreeklikheid te wyd of "overwhelming" is. Dit is waarskynlik ook om hierdie rede dat die onderhawige beleidsoorweging nog nooit 'n rol by die vasstelling van aanspreeklikheid weens saakbeskadiging gespeel het nie. Daarom behoort die toepassing daarvan ook op die terrein van suiwer ekonomiese verlies laat vaar te word. Indien aanspreeklikheid buite-om die beginsels van die deliktereg beperk behoort te word, is dit waarskynlik 'n taak vir die wetgewer.

J NEETHLING
*Universiteit van Suid-Afrika*

## DISCRETIONS, OUSTER CLAUSES AND THE INTERNAL SECURITY ACT

To what extent is judicial review of administrative action restricted when a discretion is conferred on an administrative body? How effective is the restraint of a clause, in an act authorising administrative action, that purports to exclude judicial review – a so-called ouster clause? These questions also arise in the context of security legislation.

The archetypal exposition of limited government emphasises the notion of separation of powers, at least in so far as the judiciary is deemed to exercise control over the executive. The logic for this check on the executive is embedded in the principle of legality: executive action must be *intra vires* the authorising act and must be in accordance with the common law. The executive is empowered to act by granting it a discretion. Instead of parliament prescribing, the executive is allowed a choice of action. In a welfare state requiring its expertise, the discretion is a necessity. But in a liberal-democratic welfare state, executive expertise *cannot* be said to include the decision to deny or restrict personal freedom. And when, in addition, judicial control over that decision is excluded, it becomes a categorical *never*. Because of the principle of parliamentary sovereignty, however, the executive is often invested with a wide variety of discretions, and judicial control is sometimes ousted. These two factors, the power to rule by means of discretion, coupled with the removal of judicial control over the exercise of those discretions, can result in arbitrary action – the very negation of limited government.

When the executive is permitted to decide on a particular course of action the court may not substitute its own opinion for that of the executive, as the desirability or expediency of administrative action belongs squarely in the do-

main of the executive (Wiechers *Administratiefreg* 1973 at 297). The scope for judicial review accordingly depends on the type of discretion granted to the executive under the authorising act.

A free discretion must be contrasted with a bound discretion.

In the case of a bound (or limited) discretion, an administrative body can only exercise a choice once the existence of certain jurisdictional facts is established. (This terminology is adopted for lack of anything better. Wade, *Administrative Law* 1977 (at 340) speaks of the "legal line" that must be drawn between *wide* and *narrow* discretions.) Jurisdictional facts are facts which are directed by the authorising act to be present before a discretion may be validly exercised. Since the existence of these facts must be objectively ascertained judicial review is largely preserved. The administrative organ has to decide whether it is desirable or expedient to exercise the discretion bestowed on it, and the court is unable to substitute its own conclusion – but the court must hold that the administrative act is unlawful, if the prescribed jurisdictional facts are absent (Rabie 1978 *THRHR* 419-426, and Rose-Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* (1963) at 100 and 111).

In the case of a free discretion the determination of the presence or absence of the pre-conditions prescribed in the authorising act for the exercise of the discretion is itself left to the discretion of the executive. Once the administrative body "is satisfied", or "is of the opinion" that the prescribed circumstances are present, then judicial control over the presence of those facts is excluded. Even if it can be shown that the facts were absent, it makes no difference to the lawfulness of the discretionary action. The executive must decide whether it is expedient or desirable to find that those facts are present. And it is precisely on this point that the accusation can justifiably be made that the granting of a free discretion may lead to arbitrary and unjust governmental action. A discretion is presumably granted for a definite purpose. With a free discretion, in effect, the exercise of the power need not achieve the purpose – because the capacity to determine whether the required state of affairs exists, depends on the opinion of the very authority exercising the power. At one and the same time the authorising act imposes restrictions on the executive and grants the executive the licence to ignore them.

A free discretion does not, however, mean an unfettered, or unlimited, discretion. The exercise thereof would be unlawful if the body acted in a *mala fide* fashion, or did not apply its mind (*Shidiack v Union Government* 1912 AD 642).

Yet this is but scant reassurance to the individual who has been prejudiced. In the first place, these grounds are invariably exceedingly difficult to prove. Secondly, even if the organ was *bona fide* and did apply its mind, the subjective opinion of the organ need not necessarily accord with the prescribed conditions, viewed objectively. It would not avail the subject to prove the absence of certain facts which the administrative organ had to take into account before acting. Proof of the absence of those facts is not necessarily proof of failure on the part of the body to apply its mind, or of *mala fides* (Rabie *op cit* at 421).

But even if it could be regarded as such an indication, it would not be conclusive. Whereas the *onus* of proving jurisdictional facts is on the administrative body (which has to show that it was authorised to act), the *onus* of proving that the body acted *mala fide* or failed to apply its mind, is on the individual – a heavy burden to discharge. Thus the granting of a free discretion effectively means the exclusion of judicial review.

*Minister of Justice v Alexander* 1975 4 SA 530 (A) provides an example. The "Minister (was) satisfied" that Alexander "engage(d) in activities which (furthered) ... the objects of Communism", and "banned" him in terms of section 9(2) of Act 44 of 1950. Though Alexander had been in prison for the ten years preceding the notice (and it would thus seem unlikely that he could have engaged in Communistic activities) it could not avail him to prove that he was not a Communist. The issue, whether he was a Communist, was not a jurisdictional fact justiciable by a court: the Act did not read "if a person is engaged in such activities ..., he can be banned". If the purpose of the legislation is to restrict the freedom of people when state security demands it, one may well ask how the action can be justified when, objectively speaking, state security does not demand it. Can it properly be said that the decision whether the security of the state is being prejudiced, belongs in the exclusive domain of the executive? (Compare administrative action under martial law: the court must ask whether a factual state of danger to the public existed – Verloren van Themaat *Staatsreg* third edition by Wiechers (1981) 160-171.)

It is therefore of paramount importance to determine whether one is dealing with a true jurisdictional fact or whether the existence of a fact is left to the opinion of the executive – a determination which depends on an interpretation of the authorising act.

The question was the issue in a trilogy of Transkei decisions dealing with arrest without warrant.

It is accepted law that when a peace officer arrests without warrant under section 40 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977, his arrest will be lawful only if he believed on objectively reasonable grounds that an offence referred to in the first schedule was committed. The officer has a bound discretion: the existence of reasonable grounds is a jurisdictional fact. The *dictum* in *"L S D" Ltd v Vachell* 1918 WLD 127 still holds true (at 134):

> "I think a policeman has to show to the satisfaction of the court that he believes reasonable grounds exist. It is not enough for him to say that he believes. He must show why he believes ... [T]here ought to be circumstances in which the court may say he has grounds for believing."

See also *S v Miller* 1974 2 SA 33 (RAD), *S v Loubser* 1977 4 SA 546 (T). The *ipse dixit* of the officer that he had reasonable grounds is not enough.

The pertinent issue in *Sigaba v Minister of Defence and Police* 1980 3 SA 535 (Tk), *Honey v Minister of Police* 1980 3 SA 800 (Tk), and *Mnyani v Minister of Justice* 1980 4 SA 528 (Tk), was whether the same principle applies

when an officer arrests without warrant, but relies on section 47 of the Public Security Act 30 of 1977 (Tk).

Section 47 is a replica of section 6 of the Terrorism Act 83 of 1967 (RSA). Section 6(1) provides that if an officer above a certain rank "has *reason to believe* that any person has committed an offence under this Act" (my italics), he may arrest such person without a warrant. The issue is: does "reason to believe" refer to a decision dependent on objective facts (as in "reasonable grounds") or does it refer to a subjective opinion? If the former, then the executive has a bound discretion, as in the case of section 40 of the Criminal Procedure Act; if the latter, the grounds upon which the discretion is exercised, are not justiciable – i e it is a free discretion. In a nutshell: does "reason to believe" have a subjective or objective content?

Any arrest, says Rose-Innes J in the *Sigaba* case, is *prima facie* unlawful as it is "an infringement of (the) right not to suffer restraints upon ... freedom of movement" (at 538). Section 47 is "novel and drastic" and "contrary to the general principles of our law, as it avoids the specific provisions found in the Criminal Procedure Act" (at 540). At the same time, administrative action in terms of the section is limited by certain factors, such as –

1 the author of the arrest must be a commissioned officer of police who has
2 "reason to believe" that
3 an offence has been or will be committed, which offence
4 must be an offence "under this Act".

If any one of these jurisdictional facts is absent, the arrest will be *ultra vires*.

In determining the meaning of "reason to believe", the court applied the "approach" to interpretation adopted in *Rossouw v Sachs* 1964 2 SA 551 (A) by looking at the wording of the section "in the light of the circumstances whereunder it was enacted and of its general policy and object," without "accord(ing) preference" to "the strict construction in favour of the individual ... (or) to the 'strained construction' in favour of the Executive", as propagated by the majority of the Law Lords in *Liversidge v Anderson* 1942 AC 206. In the latter case, the phrase "reasonable cause to believe" was held to refer to the subjective opinion of the Minister, and thus the court could not judge the reasonableness of the belief on objective grounds. It is certainly so that if "reasonable cause to believe" refers to a free discretion it would follow that "reason to believe" refers to a mere opinion: there, the word "reasonable" is not even used expressly. According to Rose-Innes J, however, the strong dissent in the *Liversidge* case is preferred in both English and South African law. Lord Atkin "view[ed] with apprehension the attitude of judges, who on a mere question of construction when face to face with claims involving the liberty of the subject, show themselves more executive-minded than the executive ... [J]udges ... stand between the subject and any attempted encroachment on his liberty by the executive, alert to see that any coercive action is justified in law" (at 244).

Rose-Innes J concluded that –

> "'reason to believe' means to believe rationally as a reasonable man would upon the information he has. It is not sufficient for the officer to say: 'I had reason to believe that the person whom I arrested and detained had committed an offence under the Act', because the criterion is not a subjective – but an objective one. ... It is for the court to decide on objective standards, whether or not it was reasonable upon the information which the officer had at the time, for him to believe that the person arrested or detained had committed an offence under the Act" (at 544).

Consequently the court found that the *onus* to prove reasonable grounds is upon the executive. This seems in line with what was said earlier: the important implication of a bound discretion is that the author of the arrest must prove the existence of the jurisdictional facts. The presumption *omnia rite esse acta* merely places an *onus* of rebuttal on the subject. He must lead some evidence putting unlawfulness in issue (Hoffman and Zeffert *South African Law of Evidence* (1981)).

Finally, the respondents sought to rely on the ouster clause contained in section 47(2) (the counterpart of section 6(5) of the South African Act). The clause reads:

> "No court of law shall pronounce upon the validity of any action taken under this section: or order the release of any person detained under this section."

Rose-Innes J relied on *Union Government v Fakir* 1923 AD 466 and *Narainsamy v Principal Immigration Officer* 1923 AD 673 to refute that argument. Those cases dealt with a clause in terms of which "no court shall have any jurisdiction to review ... or otherwise interfere with any proceeding, act ... done under this Act."

In the *Fakir* case it was said (at 469):

> "But wide though the language may be, it does not exclude the jurisdiction of the courts under every circumstance ... If there were a manifest absence of jurisdiction, or if an order were made or obtained fraudulently, a competent court ... would interfere."

In the instance before the court, Rose-Innes J said that, as the officer had no reason to believe that an offence under the Act had been committed, neither arrest nor detention was an action taken "under this section". The ouster clause was ineffective as there was a manifest absence of authority (the non-existence of a jurisdictional fact). Implicit in Rose-Innes J's finding, is that the phrase "no court shall pronounce upon the validity of any action," is no wider than the phrase in *Fakir* and *Narainsamy's* cases. Reference was also made to *Schermbrucker v Klindt* 1965 4 SA 606 (A) and *Nxsana v Minister of Justice* 1976 3 SA 745 (D). Those cases are to the effect that a court may interfere if a detainee has been unlawfully arrested or maltreated – as such action would not be "action under" section 6.

In the *Honey* case, the second in the trilogy, the applicants were granted an order for the release of Honey, a journalist, from detention. The respondent

(the Minister of Police) relied on the ouster clause and on a *dictum* in Schermbrucker's case, to the effect that a court may not issue an order which would amount to an interference with such detention or defeat the purpose of the section, as it would thwart the intention of the legislature. The court distinguished this authority in the same way that Rose-Innes J did in the *Sigaba* case. De Wet J accepted the statement of Mathews in *Law, Order and Liberty in South Africa* (1971) at 149:

> "Action cannot be said to have been 'taken under this section' unless the terms of the section itself have been complied with. If the words 'has reason to believe' envisaged objective jurisdictional facts as a foundation of a detention, any action taken in the absence of such facts is clearly not action under the section."

It is apparent that the court considered the words "reason to believe" to refer to a bound discretion. First, the argument was rejected that the *onus* was on the applicants to prove unlawfulness – and as indicated earlier, in the case of a bound discretion, the *onus* rests on the executive to prove the existence of jurisdictional facts. Secondly, the court was not prepared to accept the respondent's mere statement (that in his opinion an offence under the Act had been committed), as being conclusive. Honey refused to reveal his source of information for a newspaper article which he had written. The court found that no reasonable grounds existed for the belief that this constituted an offence under the Act.

In *Mnyani v Minister of Justice* 1980 4 SA 528 (Tk) the trend was reversed. The applicants alleged that their detention was an "abuse of the security laws," as their arrest was in connection with murder. The respondent produced the standard opposing affidavit, to the effect that the arrest was in terms of Act 30 of 1977 and that the interests of public policy prevented him from disclosing the nature of information on which the decision to arrest was based. On the approach in the *Sigaba* and *Honey* cases this would not have been sufficient. The *onus* would be on the respondent to prove the jurisdictional fact, ie the existence of reasonable grounds. The court (per Van Rensburg AJ), while conceding that the jurisdiction of the courts was not wholly excluded by an ouster clause (as an unlawful arrest can still be questioned), in effect emasculated the control of the judiciary. The court placed the *onus* of proving the unlawfulness and of the arrest on the applicants. This in itself was a negation of the accepted principles of administrative law: proof of the absence of the jurisdictional fact by the subject in contrast to proof of the existence of authority by the arresting officer. This one can still fathom. (In both the *Sigaba* and *Honey* cases, for example, the applicants could actually prove that there were no reasonable grounds justifying the action by the executive.) But the real reason for the finding by the court that there was no *onus* on the respondents, was that according to it no jurisdictional fact was involved at all. The exercise of a discretion under section 47 (and thus under section 6), is not "justiciable in a court of law on an objective basis." It would not have assisted the applicants to prove the absence of reasonable grounds. Their arrest could only have been found

unlawful if the authorised officer had failed to apply his mind properly, or if he had acted *mala fide* – in other words his action would only be open to attack on the traditional grounds on which a free discretion could be questioned – and as already indicated, the *onus* of proving those grounds is on the subject.

The court not only imposed on the subject an *onus* with which he was not previously burdened, it in addition severely narrowed the grounds on which the *onus* can be discharged.

The result of this decision is a denial of the principle of legality, that executive action is subject to judicial control. The arresting officer need only allege that he believed an offence had been committed under the Act. His subjective opinion is enough. Van Rensburg AJ rejected the submission made in reliance on *Sigaba* and *Honey* that it was not sufficient merely to state that the arrest was carried out after receiving reports. The emphasis is placed on "believe." "Reason to" is discarded. The subject is not even entitled to the facts or information on which the decision to arrest was based, thus rendering it virtually impossible to prove the executive's *mala fides* or that it failed to apply its mind.

Is the reasoning of the court in *Mnyani's* case correct? The court agrees that "in an ordinary case of unlawful arrest" the arresting authority must justify the arrest. But different considerations apply in the case of section 47. The section grants a discretion to a police officer, who has to decide on the information before him whether to execute an arrest – in such a case the officer need not base his decision upon objective grounds.

Now if this is supposed to mean that the exercise of any discretion need not be justified on an objective basis, it is simply not correct. What the court says with regard to section 47 applies in equal measure to an arrest in terms of section 40 of the Criminal Procedure Act: when acting in terms of the latter provision, an officer must also weigh information and decide whether arrest is justified. But that discretion is bound. It would thus seem as if the court failed to distinguish between a bound and a free discretion. Before it can be asked whether a discretion was exercised lawfully, it must first be ascertained what type of discretion is involved.

Assuming that the court did bear that distinction in mind, the next difficulty is that the court did not appear to consider the meaning of the words "reason to believe." The interpretation of that phrase is essential to a decision of the issue. Van Rensburg AJ relied on two Appellate Division decisions in particular. In both *Groenewald v Minister van Justisie* 1973 3 SA 877 (A) and *SA Police Divisional Commissioner of Witwatersrand v SA Associated Newspapers Limited* 1966 2 SA 503 (A) it was held that there is no *onus* on the executive to prove the existence of reasonable grounds for a belief that an offence was committed when an authority issues a search warrant or a warrant for arrest. That discretion cannot be attacked if the issuing authority was *bona fide* and applied his mind (*Shidiack v Union Government supra*).

In the authorities quoted it was held that the administrative body was exercising a free discretion – thus *Shidiack's* case is apposite. In neither of the

cases, however, did the phrase "reason to believe" appear. In the *Mnyani* case the court apparently assumed, without examining the phrase, that it refers to a free discretion – thus leading to the rejection of *Sigaba* and *Honey*.

An argument that can conceivably be raised against the approach evidenced in the *Honey* and *Sigaba* cases, is that it amounts to an unjustifiable review on the merits. Van Rensburg AJ relied on the oft-quoted *dictum* in *Shidiack's* case –

> "... if he has duly and honestly applied himself to the question which has been left to his discretion, it is impossible for a court of law either to make him change his mind or to substitute its conclusion for his own."

A review is restricted to correcting an irregularity or illegality; (Rose-Innes *op cit* at 13 and 14), a court cannot enquire into the expediency or desirability of administrative action. But that is not what is happening when a court enquires whether or not reasonable grounds existed. That enquiry is not a "question which has been left to his discretion." To state that a court may not examine a discretion is a gross over-simplification. It overlooks the anteceding enquiry, namely, whether certain preconditions have been fulfilled before the discretion can be exercised – if these have not been fulfilled, the discretion is exercised illegally, regardless of its merits.

Ultimately, the question about the type of discretion involved, depends on the interpretation of the authorising act. Ironically, none of the three decisions mentioned above considers this fully. (In *Sigaba's* case it was examined only cursorily.)

The better interpretation, it is submitted, is that the phrase "reason to believe" refers to reasonable grounds, objectively determined. In the search for the meaning of the phrase recourse must be had to a variety of factors: the literal text, the subject matter of the statute, the general historical context, the purpose of the enactment, the practical consequences of differing interpretations, the source of common law presumptions (Cowen, 1976 *TSAR* at 160). The phrase can only assume meaning in the context of the legal system as a whole. Which of the above factors will assume the most weight will differ from circumstance to circumstance. Where legislation imports a deviation from the ordinary and normal safeguards enjoyed by the individual, presumptions come to the fore. The function of a presumption is to preserve the broad justice of the common law. In this instance, "reason to believe" does not expressly refer to a free discretion. The presumption in favour of the individual (cf Steyn, *Uitleg van Wette* (fifth edition) at 101 and 238) is preserved. This ties up with what has been declared in our case law on numerous occasions. One example will suffice. In *Michel v R* 1944 OPD 237 it was said with reference to an Act promulgated during time of war:

> "When, as the result of the exercise of these extensive powers the subject is liable to pains and penalties, the court should, of course, impose them; but the more unfettered and arbitrary the rule-making powers are that have been entrusted to the executive, the more anxious will be the duty of the courts to examine with jealous care whether the penalties demanded by the Crown have indeed been incur-

> red. The nature of emergency legislation may argue in favour of legislative competence but cannot be invoked as a dispensation allowing loose language so as to ensnare the citizen or permit the executive in its legislative role to say one thing and be heard to contend that it meant a different incriminating thing."

Definite support for this approach can be found in English law. Initially the English courts accepted that a discretion gave the executive the final say. Latterly, the attitude of the English courts has changed drastically. The courts show "themselves unwilling to resign their control of jurisdictional questions merely because the power is conferred in subjective terms" (Wade *op cit* at 243 and *Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* 1968 AC 997). Relevant to the present discussion, is the landmark decision in *Education Secretary v Tameside BC* 1977 AC 1914. The secretary could act if he was "satisfied" that any local authority has acted or is proposing to act "unreasonably." In the Court of Appeal, Denning MR said –

> "Much depends on the matter about which the Secretary of State has to be satisfied. If he is to be satisfied on a matter of opinion, that is one thing. But if he has to be satisfied that someone has been guilty of some discreditable or unworthy or unreasonable conduct, that is another ... The decision to which he comes must be one which is reasonable in this sense: that it is or can be supported with good reasons or at any rate is a decision which a reasonable person might reasonably reach. In the House of Lords, it was said: 'The section is framed in a 'subjective' form – if the Secretary of State 'is satisfied'. This form of section is quite well-known, and at first sight might seem to exclude judicial review. Sections in this form may, no doubt, exclude judicial review or what is or has become a matter of pure judgment. But I do not think that they go further than that. If a judgment requires, before it can be made, the existence of some facts, then, although the evaluation of those facts is for the Secretary of State alone, the court must enquire whether those facts exist, and have been taken into account, whether the judgment has been made upon a proper self-direction as to those facts, whether the judgment has not been made upon other facts which ought not to have been taken into account."

The argument, that once it became clear that the Secretary had formed a judgment that Tameside was being unreasonable, the court could not undo that decision, was firmly rejected. The Secretary lost as he could not show that a reasonable man in the minister's position would have thought that Tameside acted unreasonably. The court enquired whether there was actual evidence to support the minister's finding.

What would previously have been regarded as a free discretion was treated as a bound discretion. "Unreasonable" was held to refer to a jurisdictional fact. In South African law it has been held that a similar phrase confers a free discretion (*SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 263 (A) and the *Alexander* case). It is not suggested that our courts should (or would) follow the English courts on this point. But where the phrase "reason to believe" is under consideration, since the meaning is unclear, the English approach whereby the exclusion of judicial control is restricted to a minimum, is to be preferred. Another indication of this trend is seen in the rejection of the

*Liversidge* case. In that case, even though the House of Lords conceded that *prima facie* the phrase "reasonable cause to believe" would mean "if there is in fact reasonable cause for believing," it found itself "quite unable to take the view that the words can only have that meaning. It seems ... reasonably clear that ... the words might well mean if they be acting on what he thinks is reasonable cause ... believes the thing in question." In *Nakkuda Ali v Jayaratne* 1951 AC 66, the House of Lords held that:

> "Where the controller has reasonable grounds to believe that any dealer is unfit ..."

the authority had to show that his belief was in fact that of a reasonable man. There is some South African authority for this approach. In *Bruwil Konstruksie v Whitsons* 1980 4 SA 703 (T), the court dealt with section 69 of the Insolvency Act entitling the issue of a warrant if the issuer had "reasonable grounds for suspecting" that property of an insolvent is concealed at any place. About this section, Le Roux J said:

> "This is a draconian provision, which should be dealt with circumspectly ... As far as possible this section should be restrictively interpreted and applied. The safeguard to the ordinary public lies in the words 'reasonable belief' or 'reasonable' grounds for suspecting. ... It also seems clear that the reasonable suspicion which must exist must be an objective and not a subjective one ..." (at 711).

To conclude on this point: the objective meaning attached to "reason to believe" should be supported.

The case law reflects the loathing of the English courts to find that administrative action is exempt from judicial control, even if it is purportedly excluded by the grant of a free discretion. The *Honey* and *Sigaba* cases reflect this reluctance. These two cases are relevant to the interpretation of any discretion in any authorising lgislation. Their importance is not limited to security legislation: in a borderline case, any discretion, it is submitted, should be treated as a bound discretion, following the example set by Rose-Innes J and De Wet J. Unless the possibility has clearly been excluded by the authorising act, every discretion should be interpreted in favour of the individual.

But in the case of section 6, the granting of a discretion is not the only attempt at placing executive action beyond the judicial pale. A further obstacle is the ouster clause contained in section 47(2) – the replica of section 6(5).

With reference to such express restrictions of judicial review, Schwartz and Wade, *The Legal Control of Government* (1972) state:

> "By depriving the subject of legal remedies against acts of government, Parliament is really setting out to undermine the rule of law. If an Act provides that a Minister's order shall not be questioned in any legal proceedings, or shall be conclusive proof that all legal requirements have been complied with, the intention can only be to legalise illegalities. Lawful acts have no need of such protection. In other words, the Act is attempting to create uncontrollable power."

How do our courts react to this? It has already been shown how this issue was dealt with in *Honey* and *Sigaba*. If it cannot be proved that reasonable grounds

actually existed for the belief that the arrested person is a terrorist, then the arrestor did not act within his jurisdiction. The ouster clause only prohibits interference of the courts with "action taken under this section." If the arrest is not within the jurisdiction of the arresting officer, it is not action under this section.

This approach is in line with that of the English courts after the seminal decision in *Anisminic v Foreign Compensation Commission* 1969 2 AC 147. An Act provided that a determination of a tribunal "shall not be called in question in any court of law," but it was held that this did not prevent intervention by a court when the tribunal *went outside its jurisdiction*. This corresponds to South African case law. Thus it was accepted in *Nkondo v Minister of Police* 1980 2 SA 894 (O), that section 6(5) "does not preclude the court from acting where there is a manifest lack of jurisdiction" (at 910).

When does the draftsman succeed in ousting the court's jurisdiction? What the *Honey, Sigaba* and *Nkondo* cases suggest, by referring to the exclusionary clause in *Fakir's* case (where there was a difference in wording), is that the precise wording of an ouster clause is really of lesser importance. The crucial issue is whether there is a manifest absence of authority. In the absence of authority there is no act, and where there is no act, there is nothing to oust. This line of reasoning smacks of a legal fiction and raises the distinction between void and voidable juristic acts – see Wiechers *op cit* at 292. If there is lack of authority, the act is void. If it is void the ouster clause does not operate. In all other cases it does.

Though Denning MR in *Pearlman v Governors of Harrow School* (1978) 3 WLR 736 declared that any administrative decision which is wrong in law, is void, this view has not been adopted by the House of Lords. The distinction between void and voidable stands. So the question remains: when is there a manifest absence of jurisdiction? Where the commissioner, for example, does not accord a detainee the opportunity to state his case (assuming, for the moment, that there is no express exclusion of the *audi alteram partem* principle in section 6(1), so that the rules of natural justice must be respected), this does not deal with a jurisdictional fact and consequently non-compliance will merely render the act voidable – so that section 6(5) will effectively deprive the courts of any jurisdiction to interfere. The line between void and voidable may at times be difficult to draw. The most that can be said is that where a jurisdictional fact is not complied with, the resultant "act" is void, thus placing the act beyond the protection of the ouster clause.

In conclusion there is a strong body of authority in support of the view that our courts do not, and need not, accept restrictions on their jurisdiction, either indirectly via a discretion, or directly via an ouster clause. This is not only true for section 6. It is true generally.

The problem of exclusion of judicial control is exacerbated in the case of action under security legislation. It remains to be seen whether our highest court will hold that the power of arrest in terms of section 6 has been retained in section 29 of the Internal Security Act of 1982. What has been said above about

the phrase "reason to believe" and about the ouster clause, will continue to remain relevant under that Act.

GM NIENABER
*Worcester College Oxford*

## STRAFREGTELIKE AANSPREEKLIKHEID VAN KINDERS WEENS NALATIGHEID

Die problematiek verbonde aan die strafregtelike aanspreeklikheid van kinders weens nalatige optrede het in Suid-Afrika nog weinig aandag geniet. In hierdie aantekening word enkele probleme in dié verband uitgelig en word sekere alternatiewe gestel.

### 1 DIE REGSPRAAK

Ons gemeneregsbronne oor die vraag of 'n kind onder die ouderdom van 14 jaar vir nalatige optrede gestraf kan word, is nie duidelik nie (vergelyk my artikel "Strafregtelike Aanspreeklikheid van Kinders" 1978 *TSAR* 250 253). Die regspraak wat spesifiek oor nalatigheid van kinders handel, is daarbenewens uiters karig. Daar is tog enkele sake in dié verband en dit is gepas om in dié stadium daarna te verwys.

In 'n Engelse saak, *R v Gorrie* (1919) 83 JP, aangehaal deur Smith en Hogan *Criminal Law* (1973) 128, is 'n jong seun, G, van strafbare manslag aangekla. In sy toeligting aan die jurie sê die regter dat indien hulle die seun skuldig bevind, hulle tevrede moet wees "that when the boy did this he knew he was doing what was wrong – not merely what was wrong, but what was gravely wrong, seriously wrong" (vgl ook *R v Manley* (1844) 1 Cox CC 104; *R v Owen* 4 C and P 236).

In *R v Mahwahwa* 1956 1 SA 250 (SR) is twee swart seuns van ongeveer dertien jaar aangekla van oortreding van artikel 42(b)(ii) van die Rhodesiese Boswet Wet 37 van 1949 deurdat hulle 'n vuur gemaak het wat later versprei het. Hulle het blykbaar met die vuurhoutjies gespeel en was onder die indruk dat toe hulle geloop het, hulle die vuur geblus het. In sy uitspraak wys regter Beadle daarop dat daar niks in die getuienis was wat daarop gedui het dat die beskuldigdes "appreciated that they were committing an unlawful act" nie en daarom nie skuldig bevind kan word nie (251; vgl ook in die algemeen *R v K* 1956(3) SA 353 (A) 356).

In *Wemyss v R* 1960 1 PH H 76 (SR) het W, 'n vyftienjarige seun, die oorledene wat in 'n boom gesit het, doodgeskiet onder die indruk dat hy 'n muskejaatkat was. Die hof bevind dat die feit dat W van 'n jeugdige ouderdom was, nie beteken dat hy volgens ander maatstawwe as 'n volwassene beoordeel moet word nie (vgl ook *R v Fortuin* 1934 GWL 16).

In *R v Tsutso* 1962 2 SA 666 (SR) is T van strafbare manslag aangekla. Vol-

gens die mediese getuienis was hy tussen 9 en 11 jaar oud. Die volgende gedeelte van regter Maisels se uitspraak is relevant (667):

> "The magistrate, in his reasons, stated that it was impossible to say with exactitude what the accused thought just at the moment of stabbing, whether his motive was revenge or whether he thought it was his duty to protect his father. But whatever it was, according to the magistrate, he must have known that a knife is a dangerous instrument and, in stabbing someone, he would cause harm to that person. The magistrate points out that his next action was to flee and hide in the pig-sty and this action he considered showed that the accused knew full well that what he had done was wrong."

Regter Maisels verwys vervolgens onder andere na enkele Suid-Afrikaanse gewysdes en vervolg (668):

> "The magistrate says that the accused must have known that a knife is a dangerous instrument and that in stabbing someone he would cause harm to that person. Apparently, the magistrate is stating the proposition that every man is presumed to intend the reasonable and probable consequences of his unlawful act. But this presumption cannot be applied to a child between the ages of seven and 14. The Crown must establish affirmatively that the child knew what the reasonable and probable consequences of his act would be. I do not consider that his conduct in hiding in the pig-sty proves that he knew full well that what he had done was wrong. His conduct is consistent with that inference being drawn but in my opinion his conduct may also be explicable on the basis of the fright of a young child. It does not in my view establish a guilty knowledge on his part."

Die regter verklaar voorts:

> "The Crown has to show affirmatively that a person in the position of the accused, who was ten years old, had sufficient capacity to know that the act he was doing was wrong."

(Vgl ook Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* I, (1970) 188 en art 13 van die Kanadese Strafkode.)

In *S v M* 1982 1 SA 240 (N) is M, 'n negejarige seun, deur 'n volwassene gestuur om tabak en vuurhoutjies te gaan haal. Terwyl hy op pad terug was, het hy 'n vuurhoutjie aangesteek en laat val, as gevolg waarvan 'n groot veldbrand ontstaan het. M is aangekla van oortreding van art 21(1)(c)(iii) van die Boswet 72 van 1968 deurdat hy nalatig 'n brand veroorsaak het. M het skuldig gepleit. Op hersiening sê regter Didcott (242):

> "The first step in the enquiry was to ascertain whether his development was sufficient for him to have realised the need for care in circumstances ordinarily requiring it, and to be held responsible for his failure to have taken it. This was necessary because somebody so young is presumed by the law to be incapable of negligence. The presumption is rebuttable, but it takes information like that to rebut it. The next step, once his appreciation of the need for care was evident, was to enquire from him what amount he had shown on the occasion in question."

Die landdros het aan M gevra of hy weet dat dit verkeerd is om 'n veldbrand te stig en dit dan so te laat. Hierop het M geantwoord dat hy dit wel weet en bygevoeg dat dit veral gevaarlik is in die winter wanneer die gras droog is en

die wind waai, soos dit op die dag van die veldbrand was (243). Regter Didcott bevind egter dat nalatigheid nie bewys is nie (243):

> "The boy's admission that it was wrong to have started the fire showed sufficient comprehension for negligence to be attributed to him, so the magistrate has suggested, especially when he elaborated by speaking of dry grass and wind. I disagree. What he said was too terse in the first place. It was equivocal in the second. It was open to the construction that, with the benefit of hindsight, he knew he had done wrong, that the consequences of his conduct, the blaze he had witnessed and the experience of finding himself in a courtroom, had brought this home to him. If that was all he meant, and it may well have been, it told the magistrate nothing at all about the state of his mind at the time he dropped the match, about his level of perception then. Nor, if he was mature enough to answer for his behaviour, did he explain it sufficiently for her to find him negligent. A number of material questions were never explored at all. One was whether he dropped the match in the dry grass itself or elsewhere, onto barren earth or some non-combustible surface or what he mistook for such. Another was whether, when he discarded the match, he realised, or ought in all the circumstances to have realised, that it was still alight."

(Vgl ook 244C–E.)

In die lig van die bogaande dien die volgende opgemerk te word:

a Uit sekere gewysdes *(Gorrie, Tsutso)* blyk dit dat die beskuldigde tydens die pleeg van die misdaad moes geweet het dat dit wat hy doen verkeerd is. Dit herinner sterk aan die subjektiewe wederregtelikheidsbewussynstoets wat by opsetsmisdade aangelê word.

b Uit een saak *(Mahwahwa)* blyk dit dat die beskuldigde moes geweet het dat hy regstrydig ("unlawful") optree en uit ander sake blyk bloot dat hy moes geweet het dat sy optrede verkeerd ("wrong") is sonder om te spesifiseer of dit na verkeerd in juridiese of morele sin verwys (*Gorrie, Tsutso*). In *Gorrie* se saak word verder vereis dat hy moes weet dat sy optrede ernstig verkeerd is.

c 'n Kind wat onder die ouderdom van 7 jaar oud is, kan hoegenaamd nie aan 'n misdaad skuldig bevind word nie. Tussen die ouderdom van 7 en 14 jaar bestaan daar 'n vermoede dat 'n kind ontoerekeningsvatbaar is (vgl 1978 *TSAR* 250 ev). Dié vermoede kan egter uiteraard weerlê word. Die onderhawige nota handel wesenlik oor kinders in dié groep. Is die beskuldigde 14 jaar of ouer word hy ten aansien van die vraag of hy nalatig opgetree het, oor dieselfde kam geskeer as enige volwassene (*Wemyss* se saak). Op die ouderdom van 14 jaar word 'n kind dus, in strafregtelike sin, nalatigheidsvolwasse.

d Uit M se saak blyk 'n tweeledige toets: was die beskuldigde nalatigheidsryp ("his development ... sufficient for him to have realised the need for care in circumstances ordinarily requiring it") en, tweedens, indien hy wel nalatigheidsryp was, word die vraag gevra (of hy nalatig was en) wat die omvang van sy nalatigheid was.

## 2 DIE BASIESE BENADERING IN DIE DUITSE REG

Kragtens artikel 19 van die Duitse Strafwetboek kan 'n kind onder die ouderdom van 14 jaar nie strafregtelik aanspreeklik gehou word nie. So 'n kind, word

gesê, is skuldonbevoeg ("schuldunfähig"). 'n Kind tussen die ouderdomme van 14 en 18 jaar kan slegs tot strafregtelike verantwoording geroep word "wenn er nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln" (par 3(1) *JGG* aangehaal deur Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts* (3e uitg) 352; vgl ook Lenckner in Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* (1978) 279).

In dié verband is dit nodig om te onderskei tussen die begrippe "Einsichtfähigkeit" (insigbevoegdheid of -vermoë) en "Händlungsfähigkeit" (handelingsbevoegdheid of -vermoë). Die "Einsichtfähigkeit" veronderstel dat die kind sodanig ontwikkel is dat hy die materiële regstrydigheid – nie slegs die immoraliteit of sedestrydigheid nie – van sy daad kan begryp. Die "Einsichtfähigkeit" het op die konkrete daad betrekking. Dit is ook deelbaar aangesien dit slegs op een van meerdere handelinge betrekking kan hê. Dit vereis sowel 'n bepaalde stand van intellektuele ontwikkeling as 'n sekere sedelike rypheidsgraad. Jescheck sê: "Es kann sein, dass der Jugendliche die Norm zwar verstandmässig erfasst, aber aus mangelender sittlicher Reife nicht ernst nimmt" (352). Die kind moet nie alleen "einsichtfähig" wees nie, maar ook "handlungsfähig;" hy moet derhalwe ook in staat wees om sy wil ooreenkomstig sy insig te rig. Jescheck wys daarop dat dit soms by jongmense voorkom dat die "Einsichtfähigkeit" genoeg ontwikkel is "während es an der nötigen Willenskraft fehlt, von dem Druck übermächtiger Tatmotive widerstehen zu können" (352).

## 3 'N PRINSIPIEEL-PROJEKTIEWE ANALISE

In dié verband is dit wenslik om drie aspekte of komponente uit te lig:

### 3 1 Die bewussyn-komponent

In dié verband kan onderskei word tussen:

#### *3 1 1 Die Handelingsbewussyn*

Die kind moet bewus wees dat hy handel (of by late-aanspreeklikheid: bewus wees dat hy nalaat om iets te doen), dit wil sê hy moet willekeurig handel. (Vgl in dié verband my artikel "Die Strafregtelike Relevansie van Voorstelling en Realiteit" 1976 *De Jure* 270 271-72.)

#### *3 1 2 Strydigheidsbewussyn*

Die vraag is hier of die kind moet weet dat sy optrede 'n regsanksie teen hom in werking kan laat tree, en of 'n kennis dat hy moreel verkeerd optree voldoende is? Hieronder kan die volgende onderskei word:

##### *3 1 2 1 Die morele toets*

In die Rhodesiese saak *R v Kondora* 1953 SR 216 sê regter Beadle:

> "If the accused were under fourteen, they should not have been convicted unless the Court was satisfied that they did appreciate the moral guilt of their actions."

(Vgl ook *R v E* 1967 3 SA 627 (R).) Ook volgens Smith en Hogan is dit voldoende dat 'n kind tussen 10 en 14 jaar bewus moet wees van die morele verkeerdheid van sy handeling (129).

### *3 1 2 2 Die moreel-juridiese dubbelloop-toets*

Burchell en Hunt sê die volgende (189):

> "In the circumstances, and in the light of a court's natural reluctance to punish a young child unless there was something reprehensible and evil about his conduct, it is suggested that youth should succeed as a defence unless the prosecution proves that the accused knew both that his act was contrary to law and that it was morally wrong" (vgl die Duitse reg hierbo bespreek).

Ter illustrasie van die problematiek in dié verband kan ons die volgende hipotetiese voorbeeld noem: A, 'n seun van 12 jaar, se vader is 'n bendeleier en "beroepsmisdadiger." A weet dat dit regtens verkeerd is om te steel omdat 'n dief tronk toe gaan, maar hy beskou dit nie as moreel verkeerd nie, want dit is die lewenswyse waarin hy grootgeword het en die polisie is vir hom bloot 'n klomp inmengers in ander mense se sake. Volgens die onderhawige toets, en ook volgens die suiwer morele toets, moet A onskuldig uitgaan. My standpunt is dat A se gedrag en waardesisteme korreksie verdien en dit kan deur strafoplegging bereik word (of daar kan ten minste gepoog word om dit te bereik). Daar behoort deur die strafsanksie gepoog te word om by hom 'n respek vir die regsorde aan te kweek.

### *3 1 2 3 Die juridiese toets*

Soos reeds geblyk het, is dit die toets wat ek voorstaan. Hiervolgens moet die kind bewus wees daarvan dat 'n regsanksie hom kan tref as hy op 'n sekere wyse in sekere omstandighede optree, of dit ten minste as 'n reëel-konkrete moontlikheid voorsien en desnieteenstaande optree (vgl 1976 *De Jure* 273).

### *3 1 2 4 Die besondere posisie van nalatigheid*

Indien 'n kind ten tyde van die handeling (of late) bewus is daarvan dat 'n regsanksie hom kan tref, tree hy opsetlik op. Soos ek reeds in 'n ander skrywe aangetoon het, moet die kind in geval van nalatigheid bewus wees daarvan (of dit as 'n reëel-konkrete moontlikheid voorsien) dat die reg van hom in bepaalde omstandighede sorgsaamheid vereis. Anders as in die geval van opset, slaan genoemde bewustheid op die abstrakte kennis van die bestaan van 'n juridiese sorgsaamheidsvereiste ten aansien van 'n besondere optrede in besondere omstandighede. (Vgl 1978 *TSAR* 266 en my nota "Dadersbewussyn en Strafsinvolheid" 1981 *De Jure* 164 165 waar op 'n uitsondering in dié verband gewys word.) Die vraag wat 'n redelike man of 'n redelike kind in dieselfde omstandig-

hede sou gedoen het, behoort myns insiens nie vir 'n sinvolle strafregtelike toets relevant te wees nie.

### 3 2 Die beheer-komponent

Voordat 'n kind strafregtelike aanspreeklikheid kan opdoen, moet hy sy handelinge volgens sy insigte kan rig; hy moet derhalwe sy handelinge (en ook lates) kan beheer. (Vgl Jescheck 352; De Wet "Toonaangewende Beslissings van die Appèlhof op die Gebied van die Strafreg in 1956" 1957 *THRHR* 89 91; en *Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1983 1 SA 381 (A) 410.)

### 3 3 Die sorgsaamheid-komponent

Voordat 'n kind aanspreeklik gehou kan word, moet bewys word dat hy nie sy geestelike en liggaamlike vermoëns ter voorkoming van die handeling(e) of vermyding van die gevolg(e) na behore ingespan het nie. Hoewel die redelike man- of redelike kind-toets in die deliktereg betekenis kan hê, is dit te betwyfel of dit prinsipieel-strafregtelik tot sinvolle en billike resultate lei, eenvoudig omdat dit die menslike individualiteit en uniekheid ontken. (Vgl oor dié onderwerp in die algemeen Monika Traulsen "Die Bedeutung der Kinderdelinguenz für die Kriminalität der Strafmündigen" 1974 *NJW* 597 599; vgl verder *R v Mbombela* 1933 AD 269 274; Burchell en Hunt 190-191; Remmelink *Het Wetboek van Strafrecht* (7e druk) 56 ev; Snyman *Strafreg* (1981) 202.) Appèlregter Joubert sê ten aansien van die deliktereg in die saak van *Weber* (410-411):

> "Dit dien myns insiens geen doel om die aanwesigheid of die afwesigheid van allerlei antropomorfiese eienskappe aan die *diligens paterfamilias* te probeer toedig nie omdat dit nie oor 'n fisiese persoon nie, maar slegs oor die benaming van 'n abstrakte objektiewe maatstaf, handel. Dit gaan ook nie oor die vraag wat die sorg van 'n legio tipes van redelike persone, soos 'n redelike geleerde, 'n redelike ongeletterde, 'n redelike geskoolde arbeider, 'n redelike ongeskoolde arbeider, 'n redelike volwassene of 'n redelike kind sou wees nie. Daar is steeds slegs één abstrakte objektiewe maatstaf en dit is die Hof se oordeel wat redelik is omdat die Hof hom in die posisie van die *diligens paterfamilias* plaas."

Dit is waar dat die hof in finale instansie moet oordeel, maar vir die doeleindes van die strafreg behoort die hof hom myns insiens in die plek van die kind te stel; die "redelike" moet in die betrokke kind self gesoek word en nie daarbuite nie. Deur bestraffing moet daar gepoog word om die kind tot die "redelike" standaard in homself te bring. Slegs dan het bestraffing myns insiens 'n sinvolle rol te speel. Indien die strafsanksie nie tot bevredigende resultate kan lei nie, moet eerder administratiefregtelik of anders opgetree word. Selfs om niks te doen nie is somtyds beter as om die strafreg te "versinneloos" – in so 'n geval behou die onderdane ten minste hulle respek vir die strafreg en die strafsanksie. Ek wil verder aan die hand doen dat 'n kind slegs vir ernstige vorme van nalatigheid gestraf behoort te word (vgl *Gorrie* se saak en Morkel *Towards 'n Rational Policy of Criminal Fault* (LLM-verhandeling UP 1981), 131 ev).

## 4 TOEREKENINGSVATBAARHEID?

In die saak van *Weber* sê appèlregter Joubert 410, na 'n beskouing van ons gemenereg, dat die vraag of 'n kind toerekeningsvatbaar is, subjektief benader word

> "deur vas te stel of sy geestesvermoëns op daardie stadium sodanig ontwikkel was met inagneming van sy werklike intellektuele ontwikkeling, sy geestesrypheid en sy impulsiwiteit dat hy oor die onderskeidingsvermoë beskik het om die ongeoorloofdheid of geoorloofdheid van sy handeling op daardie stadium te besef en dat hy op daardie stadium oor die vermoë beskik het om sy handeling te rig ooreenkomstig sy insigte in wat geoorloofd en ongeoorloofd is."

Dit gaan myns insiens nie om 'n algemene onderskeidingsvermoë nie, want 'n kind, en vir dié doeleindes ook 'n volwasse persoon, kan ten aansien van 'n sekere handeling "ontoerekeningsvatbaar" wees en nie ten aansien van 'n ander in dieselfde toestand gepleeg nie. (Vgl my nota "Beskonkenheid en Strafregtelike Aanspreeklikheid" 1981 *De Jure* 335 338.) Die vraag of 'n mens strafregtelik toerekenbaar is of nie is handelinggebonde en nie gebonde aan 'n sekere algemene geestelike toestand of ontwikkeling nie. Enige reël wat gerig is op die veralgemening van die menslike geestesprosesse is wesenlik 'n ongesonde. Dit omvat ook die reëls wat ouderdomsgrense vir strafregtelike aanspreeklikheid vasstel.

JMT LABUSCHAGNE
*Universiteit van Pretoria*

HUGO DE GROOT-PUBLIKASIEFONDS

*Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.*

*Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:*
Prof DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

# VONNISSE

## GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA v GOVERNMENT OF KWAZULU 1983 1 SA 164 (A)

*Die status van selfregerende nasionale state*

Op 28 Junie 1982 het die staatspresident proklamasie R121 van 1982 uitgevaardig. Ingevolge hiervan sou die distrik Ingwavuma onder meer uit die regsgebied waarvoor die KwaZulu wetgewende vergadering ingestel is, uitgesny word en die administrasie daarvan aan die minister van samewerking en ontwikkeling oorgedra word. Die proklamasie sou terugwerkend vanaf 18 Junie 1982 in werking tree. Twee regsvrae het vir beslissing voor die appèlhof gedien: (a) of artikel 25(1) van die Swart Administrasiewet 38 van 1927 inderdaad die staatspresident magtig om die proklamasie uit te vaardig; (b) of die KwaZulu regering, synde na bewering 'n orgaan van die staat, regtens geregtelike prosedure teen die appellante as organe van die staat kon instel.

Artikel 25(1) van die 1927-wet magtig die staatspresident om bestaande wetgewing ten aansien van bepaalde swart gebiede te herroep of te wysig en nuwe wetgewing daarop van toepassing uit te vaardig. Die Grondwet van die Nasionale State 21 van 1971 bevestig hierdie bevoegdheid sover dit wetgewing in verband met aangeleenthede buite die wetgewende jurisdiksie van 'n nasionale staat se wetgewende vergadering raak (art 30 (4)). Laasgenoemde wet bepaal egter ook dat die staatspresident 'n swart gebied waarvoor 'n wetgewende vergadering ingestel is, slegs mag wysig na oorlegpleging tussen die minister van samewerking en ontwikkeling en die kabinet van so 'n gebied (art 1(2)).

Hoofregter Rabie, wat die eenparige uitspraak van die appèlhof gelewer het, wys daarop (sien 198-201) dat onbeperkte presidensiële bevoegdhede onder artikel 25(1) van die 1927-wet strydig met die bevoegdhede onder die 1971-wet is. Die 1971-wet moet beskou word as 'n verdere en meer gevorderde stap in die ontplooiing van die politieke en konstitusionele ontwikkeling van die swart gebiede in Suid-Afrika en dit is volgens die hoofregter geredelik verstaanbaar dat die parlement vooraf beraadslaging nodig sou ag alvorens 'n ingrypende optrede, soos byvoorbeeld die wysiging van 'n gebied waarvoor 'n wetgewende vergadering ingestel is, gevolg word. Die onbeperkte bevoegdhede van die staatspresident onder artikel 25(1) van die 1927-wet moet, vir sover dit die onderhawige aangeleentheid betref,

derhalwe as stilswyend herroep beskou word. Die staatspresident het buite sy bevoegdhede opgetree en die proklamasie is gevolglik nietig.

Die tweede geskilpunt hang ten nouste saam met aspekte van die regstatus van selfregerende nasionale state, veral met betrekking tot die verhouding tussen die wetgewende en uitvoerende liggame van so 'n gebied en die staat. Die regsverteenwoordigers vir die appellante het betoog dat een staatsorgaan nie regtens 'n regsproses teen 'n ander staatsorgaan kan instel nie (sien bv *Natal Provincial Administration v South African Railways and Harbours* 1936 NPD 643) en dat die appèl gevolglik van die hand gewys moet word.

Die appèlhof (sien 201-206) verwerp egter dié argument en verklaar dat ofskoon KwaZulu nie 'n entiteit totaal afgeskeie van die staat is nie, daar nogtans genoegsame skeiding bestaan om aan die KwaZulu-regering in die omstandighede *locus standi* te verleen. In die proses word die selfregerende status van kwaZulu in oënskou geneem, in die besonder dié fasette wat *indicia* van so 'n genoegsame skeiding met die staat uitmaak. Die beredenering van die hof *a quo* word met klaarblyklike goedkeuring aangehaal, onder meer die argument dat die 1971-wet die ontwikkelingsgang na selfregering en onafhanklikheid vir die swart volkere aantoon en dit op sigself reeds 'n merkbare verskil in status met dié van die provinsies aandui. Daar word verder op gewys dat die wetgewende vergadering van so 'n gebied verdrae met die regering van die RSA kan sluit en ratifiseer, ekstraterritoriale wetgewing kan aanneem en statutêre bepalings rakende howe van toepassing in die gebied kan wysig of herroep. Voorts beskik so 'n gebied oor sy eie staatsdienskommissie, vlag en nasionale volkslied, en vir elke sodanige gebied word 'n wetgewende vergadering en kabinet ingestel; eersgenoemde met omvangryke wetgewende bevoegdhede, onder meer om wette oor sekere geskeduleerde onderwerpe uit te vaardig en bestaande RSA-wetgewing van toepassing in die gebied te wysig of herroep, terwyl bepaalde RSA-wetgewing binne die kader van die geskeduleerde onderwerpe na datum van selfregering in die reël nie meer in die gebiede geld nie. Ook maak die Wet op die Burgerskap van Nasionale State 26 van 1970 voorsiening vir 'n eie KwaZulu-burgerskap.

Gevolgtrekkings wat hieruit voortvloei, word deur die hof soos volg saamgevat:

1 Alhoewel die wetgewende vergadering van selfregerende gebied ondergeskik is, beskik dit oor oorspronklike en nie slegs afgeleide wetgewende bevoegdhede nie.

2 Die 1971-wet voorsien dat die konstitusionele ontwikkelingspatroon van 'n swart volk tot onafhanklikheid bepaal moet word deur en volg uit oorlegpleging tussen die wetgewende vergadering van so 'n gebied en die RSA-regering, en dat in sodanige oorlegpleging die burgers van die gebied en nie die staat nie, verteenwoordig word.

3 Die status en bevoegdhede van 'n wetgewende vergadering van so 'n gebied en die konstitusionele struktuur van 'n selfregerende gebied is faktore wat daarop dui dat die KwaZulu regering 'n juridiese *persona* afsonderlik

en afgeskeie van, dog ondergeskik aan die staat, besit.

Enkele afleidings wat uit die onderhawige appèlhofbeslissing voortspruit, kan soos volg aangestip word:

Eerstens word die wye bevoegdhede wat die uitvoerende gesag van die RSA ten opsigte van swart persone in die subkontinent geniet deur die 1971-wet in sommige opsigte wesenlik beperk. So moet byvoorbeeld aan die vereiste van vooraf oorlegpleging voldoen word alvorens die gebied van 'n nasionale staat verander of uitgesny word, alvorens die instelling en samestelling van die wetgewende vergadering opgehef of verander word (tensy die vergadering self sodanig versoek: art 2(3)) of alvorens 'n gebied waarvoor 'n wetgewende vergadering ingestel is selfregerende status verkry (art 26).

Tweedens kan die proses van ontvoogding en staatsvorming in die subkontinent as wesenlik uniek en selfregering as 'n status met besondere implikasies aangemerk word. Die wetgewende vergadering en kabinet van 'n selfregerende gebied is nie bloot organe van die staat nie, maar genoegsaam onafhanklik van die staat en dermate primêr verteenwoordigend van die burgers van so 'n gebied dat hulle geken moet word alvorens bepaalde ingrypende optredes gevolg mag word.

Laastens kan die hof *a quo* en die appèlhof se breë benadering, ingevolge waarvan nie slegs die gees en strekking van die 1971-wet nie, maar ook die gehele konstitusionele ontstrengelingsproses in perspektief gesien word ten einde 'n gevolgtrekking te maak oor die status van selfregerende gebiede en die organe wat daarin funksioneer, as verblydend beskou word. Enige staatsregtelike analise van die *status quo* behoort met vrug van so 'n benaderingswyse kennis te kan neem.

MP OLIVIER
*Universiteit van Suid-Afrika*

## S v MARWANE 1982 3 SA 717 (A)
### *The Bill of Rights – Bophuthatswana*

The idea of entrenching human rights has been the subject of some debate in South Africa. Chief Gatsha Buthelezi mooted the idea of a bill of rights whilst speaking at a Progressive Party conference in Durban on 4 September 1973. He proposed "that we should have human rights constitutionally safeguarded and placed beyond the reach of fleeting majorities, passing contingencies and ever-changing idiosyncracies" (1973 *SALJ* 403).

The late Professor Barend van Niekerk submitted that it was possible for the Bantustans (as they were then called), to protect the fundamental freedoms by means of a bill of rights. He stated that "the Bantustan, immediately upon attaining independence [could] enact by way of duly authorized constituent assembly an entrenched Bill of Rights" (1973 *SALJ* 403 at 405).

Recently, Professor Johan van

der Vyver, in his inaugural address as a Professor of Law in the University of the Witwatersrand, argued for the introduction of a bill of rights as an "alternative constitutional arrangement for the curtailment of executive excesses." He defined a bill of rights "as a legislative enactment primarily designed to safeguard the fundamental rights and freedoms of the subject by restricting the competence of persons in authority to curtail those rights and freedoms by means of legislative or administrative interference" (1982 *SALJ* 582-583).

There have also been many other pleas for a bill of rights in South Africa. The Honourable Mr Justice M M Corbett, who gave the opening address at the First International Conference on Human Rights in South Africa in 1979, felt that the American idea of a bill of rights was "worth a trial in South Africa" (1979 *SALJ* 192 at 196). (For other pleas see B Beinart "The Rule of Law" 1962 *Acta Juridica* 99 at 137; D B Molteno "The Rules behind the Rules of Law" 1965-6 *Acta Juridica* 135 at 147-8; J Dugard *Human Rights and the South African Legal Order* (1978) 401-2).

Bophuthatswana has set the example for South Africa and fulfilled Professor Barend van Niekerk's prophetic "dream of liberty" by enacting the Republic of Bophuthatswana Constitution Act 18 of 1977. This Constitution Act included a Declaration of Fundamental Rights (Chapter 2).

Bophuthatswana became an independent state on 6 December 1977 in terms of the Status of Bophuthatswana Act 89 of 1977 (Status Act). On the same day the Constitution Act came into force. Both the Status Act (section 2(1)) and the Constitution Act (section 93(1)) provided that any law in force in Bophuthatswana immediately prior to independence would continue in force until repealed or amended. The Constitution Act, however, went on to declare that the Constitution is the supreme law of the land and that any law passed after 6 December 1977 which is inconsistent with the Constitution shall be void to the extent of the inconsistency (section 7(1) and (2)).

Professors Wiechers and Van Wyk, assuming that the Bophuthatswana Bill of Rights would, by virtue of the latter provision, not apply to received legislation, advocated the establishment of a body whose function would be to review existing legislation and to submit proposals for the repeal or amendment of any legislation which was incompatible with the Declaration of Fundamental Rights ("The Republic of Bophuthatswana Constitution" 1977 *SAYIL* 85 at 92).

An informal Law Revision Committee was established on 31 January 1978 under the Chairmanship of the Chief Justice of Bophuthstswana, Mr Justice V G Hiemstra. Proclamation No 7 of 1979, on 30 May 1979, established a "Commission of Enquiry into the Laws which are Applicable in the Republic of Bophuthatswana." The specific function of this Commission was to review all received legislation with a view to repealing what was not necessary and to revise the rest to make it compatible with the Bill of Rights.

It was subsequently recommended that the Law Commission be estab-

lished as a permanent body in terms of its own statute. The Bophuthatswana Law Commission Act 47 of 1982, which provides for the establishment of a law commission for Bophuthatswana, came into operation on 10 December 1982. The continuing function of the Commission is visualised as being the repeal of obsolete law, consolidation of the law and research into indigenous law of Bophuthatswana with a view to a gradual reconciliation between that law and the common law of South Africa.

The recent Appellate Division decision in *S v Marwane* 1982 3 SA 717 (A) raised the issue of human rights and their entrenchment in the Declaration of Fundamental Rights in the Constitution Act. The facts of the case were as follows: Marwane left South Africa in 1976 at the age of 18, to undergo military training in Angola. After approximately 16 months he returned and was arrested in Bophuthatswana whilst in possession of a grenade. Marwane was tried in the Supreme Court of Bophuthatswana on three alternative charges. First, it was alleged that he contravened section 2(1)(c), read with sections 1, 2(2) and 5, of the Terrorism Act 83 of 1957, or secondly, that he contravened section 21(1), read with section 21(2), of the General Law Amendment Act 76 of 1962, or thirdly, that he contravened section 32(1)(b) of the Arms and Ammunition Act 75 of 1969.

Marwane was convicted on the main charge of contravening the Terrorism Act and was sentenced to 15 years imprisonment. Leave was granted to appeal in respect of the conviction and sentence.

Two issues were considered on appeal. The first was whether certain received legislation, to wit section 2(1)(c), read with sections 1, 2(2) and 5 of the Terrorism Act, and section 21(1), read with section 21(2) of the General Law Amendment Act, were in conflict with the Constitution. The second issue was whether received legislation which was in conflict with the Constitution should be excluded from the body of existing laws which were to continue in operation after independence.

Rumpff CJ, in his minority judgment (concurred in by Rabie JA, Joubert JA and Cillié JA) makes no mention of the possibility of a conflict between the statutes referred to above and the Constitution Act. The reason for his omission is that in terms of Rumpff CJ's interpreation of the Constitution the existence of a conflict was irrelevant. He asserted that the intention of the legislature was that all existing laws in Bophuthatswana prior to independence were to continue in force after independence, irrespective of any conflict, until repealed or amended by Parliament.

Miller JA, delivering the majority judgment (concurred in by Jansen JA, Muller JA, Diemont JA, Viljoen JA, Galgut AJA and Van Heerden AJA), dealt extensively with the conflicting privisions. After setting out section 2(1) and (2) of the Terrorism Act he concluded that in respect of certain essential elements in "'the offence of participation in terroristic activities' the accused bears the *onus* of proving beyond a reasonable doubt, the absence of such elements" (at 746). If one contrasts this with section 12(7) of the Constitution Act, which

provides that everyone charged with an offence is presumed innocent until proved guilty, the conflict is glaring. The Terrorism Act clearly contains a procedural provision which runs counter to the Constitution.

Miller JA (at 746-747) highlighted two other conflicts between the security provisions in question and the Constitutional Bill of Rights. He noted that section 6(5) of the Terrorism Act, which denies access to the courts to any person who has been detained under section 6(1) of that Act, is in direct conflict with section 12(5) of the Constitution Act, which specifically provides that a person who is detained may approach the courts to decide on the legality of his detention. The third conflict is between section 9(1) of the Terrorism Act and section 12(8) of the Constitution Act. The former provides for the retrospective application of most of the provisions of the Terrorism Act, while the latter states emphatically that no-one shall be guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under the law in force when it was committed (section 12(8) of the Constitution Act).

It may be mentioned in passing that the Terrorism Act was subsequently repealed in Bophuthatswana by the enactment of the Internal Security Act 32 of 1979. However, section 22 of the Internal Security Act substantially re-enacted the provisions of section 2 of the Terrorism Act. As it stands the statute which now regulates internal security is, in my opinion, also in conflict with the Constitution Act. The Law Review Commission is at present considering the constitutionality of the new Act.

One of the alternative charges against Marwane was the alleged contravention of section 21(1) of the General Law Amendment Act. Miller JA (at 756) correctly points out that section 21(1) and (2) of that Act effectively imposes on the accused the onus of proving "his innocence of sabotage." This is clearly in conflict with the provisions of section 12(7) of the Constitution Act.

The second issue which was considered on appeal was whether received legislation which was in conflict with the Constitution Act was to be excluded from the body of laws which were to continue in operation after independence. The majority and minority judgments centered around an interpretation section 7(1) and (2) and section 93(1) of the Constitution Act as well as a search for the intention of the legislature.

Section 7(1) declares the Constitution to be the supreme law of Bophuthatswana. Section 7(2) provides that any law passed after the date of independence of Bophuthatswana which is inconsistent with the Constitution shall be void to the extent of the inconsistency.

Section 93(1) provides that "[s]ubject to the provisions of the Constitution" all laws which were in operation in Bophuthatswana immediately prior to independence shall continue to apply, "except in so far as such laws are superseded by any applicable law of Bophuthatswana or are amended or repealed by Parliament in terms of this Constitution."

Rumpff CJ (at 737), delivering the minority judgment, stated that the opening phrase of section 93(1) ie

"Subject to the provisions of the Constitution" should be restrictively construed, as the Constitution is not a statute which Parliament passes in the "ordinary course of business." After vividly illustrating the "perilous circumstances" of the birth of Bophuthatswana Rumpff CJ concluded that he had no doubt that the intention of the legislature was that all existing laws in Bophuthatswana were to continue in operation after independence until either repealed or amended, irrespective of any conflict between such law and the Constitution. The future repeal or amendment of such laws must then be made subject to the Constitution (740-1). Rumpff CJ (at 741) asserted that his interpretation is supported by section 7(2) of the Constitution which clearly "looks to the future" and that any law passed after 6 December 1977 must be consistent with the Constitution.

Another factor which Rumpff CJ (at 741) found to be in support of his interpretation of the intention of the legislature is that section 98(1) expressly provides for Schedule 7 which lists statutes that are partially or totally repealed, and further that section 79(1) provides the President with the simple method of repealing further statutes by amending Schedule 7 by proclamation. "The intention to maintain statutes until amended or repealed by Parliament ... appears from the repeal of a number of South African statutes, including the South African Terrorism Act 83 of 1967 by the Bophuthatswana Internal Security Act 32 of 1979 and substituting for that South African Act a new Internal Security Act" (per Rumpff CJ at 741).

Rumpff CJ (at 741) stated that to interpret section 93(1) to mean that any existing legislation which conflicts with the Constitution is invalid would lead to considerable uncertainty in the law which could never have been the intention of the legislature. In any event, had it been the intention to make all laws subject to the fundamental rights expressed in Chapter 2 of the Constitution, the legislature would have used the phrase "subject to the provisions of the Declaration of Fundamental Rights." Further, there would have been no exclusion of tribal government and laws from the applicability of the Constitution (per Rumpff CJ at 742).

The reference to section 84(4) of the Constitution by Rumpff CJ (at 742) raises an interesting point. The section deals with bills which were passed prior to independence and which had received the assent of the State President of South Africa but had not been promulgated before independence. Provision is made in the section that such bills may be promulgated and will have the full force and effect as an Act of Parliament in all respects as if the Constitution of Bophuthatswana had not been passed. Rumpff CJ asserted that whatever the contents of such a bill it would remain effective and valid until repealed and that this was yet another indication that section 93(1) should be interpreted restrictively.

Miller JA (at 753) (delivering the majority judgment) was adamant that the Constitution should take "pride of place" over all other laws. He interpreted section 93(1) as establishing the Constitution as the dominant provision (at 747). In the event of a conflict

between an existing law and the Constitution, the latter would prevail. This would result in the exclusion of the conflicting provision from the body of law which was to continue in operation after independence. Miller JA (at 750) did not consider the possibility of some uncertainty in the law as an indication that the legislature intended that conflicting laws be maintained as part of the law of Bophuthatswana until repealed. There will always be an element of doubt or uncertainty because the courts have "the right to test the validity of the challenged legislation by reference to the provisions of the Constitution" (at 750). Miller JA went on to conclude that the fact that section 7 (2) provides for the invalidity of future legislation which is inconsistent with the Constitution makes uncertainty "an ever-present feature of the Constitution" (at 750).

As far as Schedule 7 (provided for in terms of section 98(1)) was concerned Miller JA (at 752) pointed out that the laws repealed by the schedule were those which were obviously inappropriate and unsuitable. A far more extensive analysis of existing legislation would have been conducted had it been the intention that the Schedule represent an exhaustive list of repealed legislation. Miller JA cites the Supreme Court Act 59 of 1959 as an example of a statute which was not included in the schedule but which he claims to be in conflict with several provisions of Chapter 7 of the Constitution.

The question which judgment is the better one is an issue which could be furiously debated. Both judgments must be considered on their merits. It could be submitted that the express mention of the supremacy of the Constitution over future laws as provided for in terms of section 7(2) impliedly excludes its supremacy over any existing law. This would mean that any existing law which conflicted with the Constitution would remain in force until repealed or amended. Yet it is submitted that such an interpretation would make a mockery of the stated intention of the legislature that the Constitution "shall be the supreme law of Bophuthatswana" (section 7(1) of the Constitution). This must mean supreme over all legislation, whether received legislation or new laws passed after independence.

This interpretation is further supported by the opening phrase of section 93(1) which reads "[s]ubject to the provisions of this Constitution." A reference to the Constitution must include a reference to the Declaration of Fundamental Rights contained in it. Miller JA correctly points out that a suspension of even part of the Constitution, until the conflicting provision of the existing law is repealed, would lead to the feeling that the protections and rights granted to citizens in terms of the Constitution were "illusory" (at 753).

A problem does arise with section 84(4) which provides that bills which had been assented to but not promulgated prior to independence can be promulgated thereafter without being subject to the Constitution. It is submitted, however, that such a provision which would affect only a very limited number of statutes should not be allowed to jeopardise the obvious thrust of the Constitution, which is

expressly stated to be the supreme law.

In conclusion, it is submitted that the case clearly illustrates the problems which can arise when one ventures in pursuit of the nebulous intention of the legislature. The correctness or otherwise of the majority decision in *S v Marwane (supra)* is not of paramount importance. More important is the spark of faith which the decision may have enkindled in the hearts of people, both in Bophuthatswana and abroad, that the courts will give effect to the true libertarian spirit of the Bill of Rights. Bophuthatswana has set an example which South Africa should try to emulate.

STEPHANIE LUIZ
*University of the Witwatersrand*

## NAIDOO v MOODLEY 1982 4 SA 82 (T)
*Mandament van spolie*

Die oorsprong van die twisvraag in hierdie beslissing is 'n huurooreenkoms ingevolge waarvan die eienaar van 'n gebou (E) een vloer van die gebou aan die huurder (H) verhuur het. By die huurbedrag was ingesluit 'n bedrag vir die gebruik van sekere elektriese installasies en vir die elektrisiteitsverbruik self. Ná verstryking van die huurtermyn het E aan H kennis gegee om die perseel te ontruim. As gevolg van H se versuim om gehoor aan die kennisgewing te gee, is uitsettingsprosedure deur E ingestel. Voordat die saak voor die hof kon dien, het die partye 'n skikkingsooreenkoms aangegaan ingevolge waarvan H die perseel op 'n bepaalde latere datum sou ontruim. Weer eens het hy versuim om die ooreenkoms na te kom en weer eens het E uitsettingsprosedure ingestel. Voordat die hof die uitsettingsbevel kon oorweeg, het E op eie inisiatief die elektrisiteitsvoorsiening van die deel van die gebou wat nog steeds deur H geokkupeer is, afgesny. Op grond daarvan het H die mandament van spolie teen E aangevra om E te verplig om die elektrisiteit weer aan te skakel. Hierdie aansoek word deur die hof *a quo* en by appèl toegestaan. Die hof self motiveer sy bevinding kort en kragtig (84 E):

> "On this view of the matter, appellant, by cutting off the electricity, substantially interfered with respondent's occupation of the premises in question, and so performed an act of spoliation."

Hoewel daar geen fout met die hof se beslissing te vind is nie, skuil daar tog heelwat meer probleme agter die feitestel as wat 'n vinnige oogopslag laat blyk. Enkele van hierdie probleme word vervolgens van nader bekyk.

1 Die hof bevind dat E spoliasie gepleeg het deur wesenlik inbreuk te maak op H se okkupasie van die betrokke perseel. Dit is reeds geykte reg dat sodanige versteuring, wat nie noodwendig besitsontneming inhou nie, voldoende is om 'n mandamentsbevel te regverdig (*Nienaber v Stuckey*

1946 AD 1049 1059; *Burger v Van Rooyen* 1961 1 SA 159 (O) G – 161 A). Daar kan ook nie ontken word nie dat E se afsny van die elektrisiteit wél deeglik 'n versteuring van H se okkupasie meegebring het, soos bedoel in die sake hierbo aangehaal en soos in die uitspraak vermeld.

Hierdie beskouing verhoed 'n mens egter nie om te wonder of dit ook moontlik sou wees om dieselfde uitspraak op 'n ander oorweging te baseer, naamlik dat E die besit of gebruik wat H van die *elektrisiteit self* gehad het, gespolieer het. Dit bring 'n mens by die interessante vraag of elektrisiteit 'n saak is wat vatbaar is vir die fisiese beheer wat vir besit vereis word. Hunt (*South African Criminal Law and Procedure* vol II 591 vn 255) skep die indruk dat elektrisiteit wel vir persoonlike besit vatbaar is. Dit impliseer dat die mandament dan moontlik wel in die onderhawige geval toegeken kon word weens ontneming van H se besit daarvan. Die vraag sou dan waarskynlik wees of H genoegsame kontrole oor die elektrisiteitsvoorsiening uitgeoefen het om as besitter daarvan te kwalifiseer. Daar word aan die hand gedoen dat eksklusiewe kontrole of selfs kontrole "überhaupt" oor die hoofskakelaar nie nodig is vir besit van die elektrisiteit nie.

2 Die voorgaande bring vanself die tweede probleem na vore: as 'n mens eers aanvaar dat die elektrisiteit wel vatbaar is vir besit, dat H genoegsame kontrole daaroor uitgeoefen het om besitter te wees vir die doeleindes van die mandament, en dat E se optrede neerkom op spoliasie, kan E die mandament dan afweer met die argument dat besitsherstel onmoontlik is? Sonnekus (1978 *TSAR* 169-170; *Sakereg Vonnisbundel* 54-55) noem die moontlikheid van besitsherstel een van die *vereistes* vir die mandament van spolie. Dit is egter duidelik dat die moontlikheid van besitsherstel (net soos die afwesigheid van 'n geldige verweer – sien Sonnekus 1978 *SALJ* 219) nie 'n vereiste vir die mandament – in die sin van een van die *facta probanda* – genoem kan word nie. Daarom is dit minder verwarrend om bedoelde moontlikheid eerder 'n verweer teen die mandament te noem (sien De Waal 1978 *Sakereg Vonnisbundel* 72 99).

Die vraag is egter of die moontlikheid van besitsherstel wel as 'n geldige verweer aanvaar moet word (sien Scholtens 1966 *Annual Survey* 222; Blecher 1978 *SALJ* 11). Indien hierdie mening konsekwent aanvaar word, is die implikasie dat die vraag hierbo bevestigend beantwoord moet word: H se mandament teen E vir besitsherstel van die elektrisiteit sal moet faal omdat dit vir E onmoontlik is om *dieselfde* elektrisiteit terug te gee. Hierdie afleiding is ook die konsekwente implikasie van die beslissing in *Potgieter v Davel* 1966 3 SA 555 (O). Hierteenoor impliseer *Fredericks v Stellenbosch Divisional Council* 1977 3 SA 113 (K) eerder dat vervangende besitsherstel in beginsel aanvaarbaar is.

Blecher se argument in hierdie verband moet ondersteun word: Die bestaansgrond van die mandament kom by die keuse tussen bogenoemde twee standpunte in die gedrang. Uit die regspraak blyk dat die mandament van spolie deur die howe gesien word as *'n aksie waarmee die regsorde teen vredesbreuk beskerm word.* (Sien bv *Curators of Pioneer Lodge No 1 v*

*Champion* 1879 OFS 51 54; *Greyling v Estate Pretorius* 1947 3 SA 514 (W) 516-517.) Die logiese implikasie daarvan is dat nie die *versteuring en herstel van besit* die fokuspunt van die mandament is nie, maar wel die *versteuring en herstel van die regsorde.* Dit gaan om die voorkoming en uitwissing van die gevolge van besitsversteuring wat deur eierigting bewerkstellig is. Om hierdie doel te bereik, is dit nodig om soveel moontlik individuele gevalle van eiemagtige optrede te tref – ook dié waarin die besitsversteuring daartoe aanleiding gee dat die saak vernietig word. In sulke gevalle is dit nodig om vervangende besitsherstel te gelas. Die standpunt dat die mandament slegs aangewend kan word om *dieselfde* saak terug te gee, kan slegs gehandhaaf word as die *doel* van die aksie is om in die eerste plek die versteurde besit te herstel *ter wille van die besitter se regte.* Die beslissings toon eerder dat die regte van die besitter nie voorop staan nie, maar dat dit om meer omvattende belange gaan, naamlik behoud van die openbare orde.

3 Die hof vermoei hom nie veel met die vraag of H in hierdie saak geregtig is op die beskerming van die mandament nie – 'n vraag wat volgens die strekking van beslissings soos *Parker v Mobil Oil of Southern Africa* 1979 4 SA 250 (NK) 255 C – E en *Coetzee v Coetzee* 1982 1 SA 933 (K) 935D wel gevra moes word. H is naamlik, ná verstryking van die datum vir ontruiming, 'n *onregmatige* en *mala fide* okkupeerder van E se perseel wat *vis-à-vis* E geen regte met betrekking tot die besit/of okkupasie van die perseel het nie. Dit is egter duidelik dat die hof in die onderhawige beslissing heeltemal reg geoordeel het om nie die relatiewe regte of besitsaansprake van die partye te oorweeg nie aangesien die gesag aantoon dat dit, vir die doeleindes van die mandament, 'n irrelevante oorweging is.

Die vraag is nie wat die applikant se *reg op besit vis-à-vis* die respondent is nie, maar slegs of die applikant *feitelik* in besit van die saak was (fisiese beheer plus die bedoeling om te besit of eie belang by besit van die saak te hê of voordeel uit besit van die saak te verkry). Die onregmatige en selfs *mala fide* besitter kan dus wel deeglik ook die mandament aanvra *juis omdat* die aksie nie in die *eerste plek bedoel is om sy onregmatige besit te beskerm nie, maar om die regsorde teen vredesbreuk te beskerm.* (Sien bv *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120; *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049; *Van Eck and Van Rensburg v Etna Stores* 1947 2 SA 984 (A); *Dönges v Dadoo* 1950 2 SA 321 (A); *Ntai v Vereeniging Town Council* 1953 4 SA 579 (A); *Yeko v Qana* 1973 4 SA 735 (A); *Mankowitz v Loewenthal* 1982 3 SA 758 (A) vir interpretasies waarvolgens die stelreël *spoliatus ante omnia restituendus est* inhou dat die relatiewe besitsaansprake van die partye irrelevant is.)

In die lig van bogenoemde oorwegings kan daar gevra word of die mandament van spolie nog 'n *remedie vir die beskerming van besit* genoem moet word. Dat besitters van die remedie gebruik kan maak as hulle besit versteur word, is wel waar, maar dit is ewe waar dat (a) ook nie-besitters – en spesifiek houers soos die retensiereghouer, pandhouer, huurder en die onregmatige houer – daarvan gebruik kan maak, en (b) die primêre

doel van die aksie nie is om besit of selfs houerskap te beskerm nie. Daar word aan die hand gedoen dat die mandament van spolie eerder 'n *remedie vir die beskerming van die openbare orde* genoem word wat gebruik kan word deur alle eienaars, besitters of houers wat onregmatig in hulle fisiese beheer oor sake versteur is.

As sodanig is 'n *wye* of *liberale* benadering tot die mandament waarskynlik gewens omdat dit inhou dat die vereistes vir toekenning van die mandament nie te streng tegnies beoordeel moet word nie, maar dat verwere teen die mandament wel streng beoordeel moet word. Dit sal verseker dat die beskerming van die openbare regsorde, waaroor die mandament bedoel is, beter gedien word. (Sien bv *Yeko v Qana* 1973 4 SA 735 (A) 739 D – H en *Dlamini v Mavi* 1982 2 SA 490 (T) 492 D – H.) Daar word aan die hand gedoen dat die benadering wat die hof *in casu* volg, in die lig van bogenoemde oorwegings verwelkom en nagevolg behoort te word.

AJ VAN DER WALT
*Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys*

## NATALSE LANDBOUKOOPERASIE BPK V FICK 1982 4 SA 287 (N)

*Pleading of jurisdiction*

In this case it was held that an allegation in a summons to the effect that the entire cause of action arose within the area of jurisdiction of the court was insufficient to establish jurisdiction for the purposes of granting default judgment.

At the outset it must be acknowledged that the summons was far from satisfactory in that it did not mention where the contract was concluded and therefore did not comply with rule 18. The question at issue, however, was whether the plaintiff had satisfactorily alleged jurisdiction. In support of its view that the allegation was incomplete, the court relied on *Rieckhoff v Jacobs* 1967 1 SA 680 (W). In that case, the court held that the summons should have alleged facts showing that the court had jurisdiction, but it is important to note that it was concerned with provisional sentence. Provisional sentence proceedings are fundamentally different from those used for trial, in that oral evidence is generally frowned upon at the hearing and the court would have nothing on which to base the conclusion that it had jurisdiction. It would be insufficient merely to allege the occurrence of the cause of action.

Applying this reasoning to the instant case, Van Rensburg AJ concluded that

> "Die bewering dat die skuldoorsaak binne die jurisdiksie van hierdie Hof ontstaan het, kom daarop neer dat 'n regsafleiding gepleit word en wel een wat, soos talle gewysdes getuig, nie altyd maklik gemaak word nie. Die algemene reël dat slegs feite gepleit moet word, word soos volg gestel te 31 van die 4de uitgawe van

> Beck *Theory and Principles of Pleading in Civil Actions*:
> '... it is hardly necessary to enlarge upon the proposition that a pleading must contain facts and not law. The pleading of a legal proposition itself is no pleading at all. But the rule means more than that; it implies that the facts must be set out and it is for the Court to say on a consideration of the facts proved in evidence whether they will or will not support a particular conclusion in law.
> '... it is useless to aver a conclusion without stating the fact that will support it'" (289C – D).

The first point of debate is whether the particular allegation in question amounts to a conclusion of law. Had the plaintiff simply averred that the court had jurisdiction, this would undoubtedly have been insufficient. Whether or not a cause of action arose within a court's area of jurisdiction is, it is submitted, a question of fact which may be pleaded and which, if proved in evidence, will establish the jurisdiction of the court. If the defendant desires to know on what basis it will be established, this can be ascertained by way of further particulars. Concerning the statement that facts and not law must be pleaded, it is equally true that only the averments necessary to sustain a cause of action should be pleaded, and not the evidence supporting them. It is submitted that all additional facts indicating where the cause of action arose could be properly raised in evidence rather than in the pleadings. If the proposition relied on by the court were to be strictly applied, it could never be alleged that a plaintiff or defendant was domiciled within the court's area of jurisdiction, and this could give rise to innumerable difficulties.

The court proceeded to consider the situation in the magistrates' courts. This, it is submitted, was not of great value because the point is specifically catered for by M C Rule 6(5)(f) which provides that only the bare averment is required. If any conclusion were to be drawn from this, it is submitted that it should be that the general trend in civil pleadings is towards a more concise averment of the factual situation. The judge viewed the situation otherwise, considering that, as there was no reported decision on the point relating to supreme court procedure and certain old decisions in the magistrates' courts required more than just the basic averment, such an averment would not suffice (290H).

It seems, with respect, that there is no basis for such a conclusion. As indicated above, the summons satisfied the general rules of pleading and there is no cogent reason for regarding it as defective.

In addition, the present case was an application for judgment by default; the defendant had not disputed the allegations made by the plaintiff and it would have been a relatively simple matter for the court to hear additional evidence either orally or by way of affidavit in order to satisfy itself about jurisdiction.

It is true, as pointed out at 291A, that the only allegation required would be that the contract was concluded there or had to be performed there, and the summons should have stated this anyway, but it is submitted that the approach adopted by the court was unnecessarily technical and should not be followed as a general principle in the pleading of jurisdiction.

One final matter seems to call for comment, even though it is only an *obiter dictum* at the end of the judgment. It is there stated that

> "... al wat nodig was, was 'n bewering dat die kontrak binne die regsgebied van die Hof aangegaan is *of* uitgevoer moes word terwyl 'n landdroshof in 'n soortgelyke geval jurisdiksie sou hê waar die kontrak binne sy regsgebied aangegaan is *en* uitgevoer moes word" (291A).

It is submitted that to have such a discrepancy between the supreme court and magistrates' courts is anomalous and not in accordance with reported cases. In *Herholdt v Rand Debt Collecting Co.* 1965 3 SA 753 (T) and *Reid v Jeffreys Bay Property Holdings (Pty) Ltd* 1976 3 SA 134 (C), magistrates' courts were held to have jurisdiction on the basis of the conclusion of the contract only.

To avoid the confusion which has surrounded the notion of the occurrence of the cause of action, it seems that as far as contracts are concerned an amendment to both the Magistrates' Courts Act and Supreme Court Act would be in order, providing that a court would have jurisdiction, *inter alia*, where the contract was concluded within its area of jurisdiction, to be performed there, or breached there.

A BECK
*University of Transkei*

## WESSELS v ADDITIONAL MAGISTRATE, JOHANNESBURG 1983 1 SA 530 (T)

*Examination of witnesses at an inquest*

Section 8(2) of the Inquests Act 58 of 1959 states that, save where otherwise provided, the laws governing criminal trials apply to the examination of witnesses at an inquest.

The issue in *Wessels v Additional Magistrate, Johannesburg* 1983 1 SA 530 (T) arose from the fact that a police witness, called to give evidence at an inquest, declined to testify.

The inquest had been instituted to establish the cause of the death of a certain Clive Becker, a suspect in a robbery case, who had died whilst in the custody of the South African Police. According to the police, Becker had offered to show them where trunks containing the stolen money were hidden. He had taken them to the Klip River, informed them that the trunks were in the water, and offered to help retrieve them. He allegedly got into difficulties in the water and could not be revived.

The following year, when two persons appeared in the Witwatersrand Local Division on a charge of robbery with aggravating circumstances, it was put to four members of the police force that Becker had "drowned" at the police station when a bag of water was placed over his head to induce him to make a confession. This was emphatically denied.

Coetzee J believed it was unnecessary for him to decide how Becker had died.

Thereafter the inquest was instituted. When the first of the police witnesses was called to give evidence at the inquest, he declined to take the oath or to testify. His counsel informed the additional magistrate that all the police witnesses would decline, and sought a ruling on this issue.

Two questions arise from these facts. First: were the police entitled to refuse to testify? If not, the second question is: were they obliged to answer incriminating questions put to them at the inquest?

The additional magistrate ruled that the applicants were obliged to testify, but that they could refuse to answer questions which might incriminate them. He agreed to suspend the inquest until his ruling had been tested by the supreme court.

In the Transvaal Provincial Division, with regard to the first question, it was argued on behalf of the applicants that, by virtue of section 8(2), they were entitled to the protection afforded to accused persons under section 196(1)(a) of the Criminal Procedure Act 51 of 1977. This section provides that an accused shall not be called on as a witness except upon his own application.

Preiss J, dealing with this contention, emphasised that an inquest is not the same as a criminal trial. Section 8(2) of the Inquests Act does not equate an inquest with a trial, but merely provides that some of the laws which apply to criminal trials in magistrates' courts also apply to certain stated aspects of inquest proceedings, one of which is the examination of witnesses.

The learned judge approved of a passage from *Timol v Magistrate, Johannesburg* 1972 2 SA 281 (T) which stresses that there is no accused person at an inquest. An inquest is simply an investigation to establish the cause of death where a person has died of unnatural causes.

This led to the conclusion that although the applicants had been accused, in the ordinary sense of that word, of drowning Becker while interrogating him, they were not accused persons in the legal sense and therefore section 196(1)(a) was of no application.

This interpretation of 'accused' in section 196(1)(a) is, with respect, clearly correct. The fact that the long title of the Criminal Procedure Act proclaims that the Act is to make provision for procedures and related matters *in criminal proceedings* clearly indicates that the word "accused" in the Act is intended to mean an accused in criminal proceedings and not an accused in a wider sense. (The long title of an Act may be considered in determining the will of the legislator – see Hahlo and Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 198 and *Bhyat v Commissioner for Immigration* 1932 AD 125 at 129.)

This interpretation of "accused" is not only correct in law, but also results in an outcome which is sound in policy. In *Timol's* case (supra) it was said that "an inquest must be so thorough that the public and the interested parties are satisfied that there has been a full and fair investigation into the circumstances of the death" (at 292). It would be difficult indeed

to conduct such an investigation if, in circumstances like those in the case under consideration, the police, who are the persons best able to provide relevant information, may refuse to do so because accusations in a vague and general sense have been made against them. Information which may lead to the truth should, whenever possible, be available to the presiding officer.

In any event, it is submitted, with respect, that even if the police had been accused persons in the legal sense, section 196(1)(a) would still not have afforded them the right to remain silent. Section 8(2) of the Inquests Act invokes the law governing criminal trials in relation to the *examination* of witnesses at an inquest. Section 196(1)(a) of the Criminal Procedure Act does not relate to examination of witnesses, but deals with the question whether an accused is a compellable witness. Section 8(2) does not, therefore, have the effect of rendering section 196(1)(a) applicable to inquests.

The second question, namely whether or not a witness at an inquest is entitled to refuse to answer questions that may tend to incriminate him, was expressly left undecided by the court, because this was not part of the relief sought in the notice of motion.

Section 203 of the Criminal Procedure Act is to the effect that, in criminal proceedings, no witness may be compelled to answer any question that might expose him to a criminal charge.

The rationale of this privilege is that no man should be compelled to expose himself to the risk of criminal prosecution. There is also the consideration that people must be encouraged to testify, and that they might not do so in the absence of a privilege against self-incrimination.

In South Africa so great an importance is attached to this privilege that the Appellate Division in *S v Lwane* 1966 2 SA 433 (A) held that the practice of a judge's warning a witness that he need not answer an incriminating question had become a legal rule and that a judge is obliged to give this warning. Consequently, the answer of a witness who is not warned is inadmissible against him in subsequent criminal proceedings, and the same is true where a judge wrongly compels a witness, who has claimed the privilege, to answer.

Not only does this privilege exist in criminal proceedings, but also "in administrative or quasi-judicial proceedings, for example, an inquiry held by a magistrate to obtain evidence in connection with an alleged offence" (see Hoffman and Zeffertt, *South African Law of Evidence* 3ed (1981 196). Even though an inquest does not fall into any of these categories, it is my belief that the privilege against self-incrimination may be claimed by witnesses in inquest proceedings and that the rule in *S v Lwane* applies.

Preiss J pointed out that on the one hand the former Inquests Act 12 of 1919 expressly provided in section 3(7) that no witness at an inquest was obliged to answer questions that may have tended to incriminate him. That this has been omitted from the present Act "may well" in the learned judge's view, indicate an intention of the legislature to withdraw that right.

On the other hand, section 8(2) of

the present Inquests Act has introduced into inquests the rules of criminal trials with regard to the examination of witnesses. Clearly the right to refuse to answer incriminating questions, and the right to be warned in terms of *S v Lwane*, relate to the "examination of witnesses". It is therefore submitted that in enacting section 8(2) the legislature undoubtedly extended the privilege against self-incrimination to witnesses appearing at inquest hearings.

THERESA ANTROBUS
*University of the Witwatersrand*

# BOEKE

**BEWYSREG**

deur CWH Schmidt

*2de uitgawe, Butterworth Durban/Pretoria 1982 lxxx en 647 bl*

Prys (HB) R55 + AVB; (SB) R44 + AVB

Die tweede uitgawe van *Bewysreg* is baie meer as net 'n opgekikkerde weergawe van die eerste uitgawe. Wat blote omvang betref, het die werk gegroei van 480 tot 647 bladsye. Afgesien van veranderinge en byvoegings wat genoodsaak is deur die inwerkingtreding van die Strafproseswet van 1977, regspraak wat in die afgelope tien jaar gerapporteer is en akademiese geskrifte van die jongste tyd, bevat die werk ook heelwat werklik "nuwe" stof.

Daar word byvoorbeeld uitvoerig ingegaan op die vraag of die ligging van die bewyslas, soos die leerstuk van estoppel *per rem iudicatam* en die ekstrinsieke getuienisreël, inderdaad tot die sfeer van die materiële reg behoort, soos in *Tregea v Godart* beweer en sedertdien vry algemeen aanvaar is. Die skrywer bewys m i oortuigend dat die bewyslas wel by die bewysreg tuishoort. Daar behoort dus geen verskoning te wees vir 'n oppervlakkige behandeling van bewyslasprobleme op grond daarvan dat bewyslas eintlik maar 'n probleem van die materiële reg is nie. Die verskillende knelpunte wat i v m die bewyslas kan opduik, word deeglik ondersoek: mens dink veral aan die ligging van die bewyslas by 'n spesiale verweer in siviele verrigtinge, die anomalieë wat in dié verband in strafsake kan voorkom, en die menigte statutêre bepalings wat die bewyslas en weerleggingslas in strafsake kan beïnvloed.

Ander probleemareas wat aandag geniet, is o a toestemming tot ontoelaatbare getuienis of versuim om daarteen beswaar te maak; karaktergetuienis en hoe dit soms met getuienis van soortgelyke feite verband hou en selfs oorvleuel, en soms nie; bedekte hoorsê en "negatiewe" hoorsê; en die ekstrinsieke getuienisreël (wat wel materiële reg is maar selde elders as in werke oor die bewysreg aangetref word).

Een van die waardevolste bydraes wat die werk lewer, is die laaste hoofstuk, wat handel oor "Die Bewysreg en Administratiewe Organe". Daar bestaan al lank 'n ernstige leemte in ons reg op hierdie gebied en met die snelle toename in die bedrywighede van administratiewe aard, sal die leiding in hierdie verband vir sowel staatsamptenare as praktisyns van heelwat nut wees.

*Bewysreg* is nie 'n ontspanningslektuur nie, maar dié gebied van die reg wemel van die anomalieë en teen-

strydighede wat die skrywer nie skroom om die hoof te bied nie. Indien die werk nie so duidelik afgebaken en ingedeel was nie, sou dit vir 'n student, byvoorbeeld, moeilik wees om te hanteer. Maar dit is inderdaad nie moeilik om jou weg te vind nie, en knelpunte word deur voorbeelde en regspraak toegelig, wat baie daartoe bydra om die onderwerp verstaanbaar te maak.

Diegene wat daarop ingestel is om kritiek uit te spreek, sal miskien kla dat daar nie genoegsaam na die jongste Anglo-Amerikaanse ontwikkelinge verwys word nie. Die lys van gewysdes is egter reeds so omvattend dat die werk heeltemal onhanteerbaar sou gewees het indien dié stof ook bygebring moes word. Verder kan daar vandag beslis betoog word dat hoewel die Suid-Afrikaanse bewysreg steeds basies Engelse reg is, dit in so 'n hoë mate 'n eie outonome aard ontwikkel het dat dit heeltemal los staan van die Engelse bewysreg.

Die werk is goed versorg en afgewerk en taal- en drukfoute kom uiters seldsaam voor. (Mens vind wel hier en daar iets, soos "bindend op" i p v "bindend vir" en "op appèl" i p v "in/by appèl" en soms 'n drukfout, maar dit is ook al.)

Kortom: die tweede uitgawe van *Bewysreg* kan moontlik selfs 'n groter impak op die akademie en die praktyk maak as die eerste uitgawe.

G CARPENTER
*Universiteit van Suid-Afrika*

*Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20-25 bladsye getik op A4, dubbelspasiëring). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.*

*Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.*

# Grondverskuiwings in die Suid-Afrikaanse Staatsreg*

F Venter
*B Jur et Comm LLD*
*Professor in die Publiekreg aan die Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

**SUMMARY**

**Fundamental Developments in South African Constitutional Law**

The article commences with an outline of the constitutional developments in South Africa since 1909. Attention is given to the basis created by the South Africa Act 1909 and the gradual process of constitutional emancipation of South Africa during the next forty years. The development and implementation of the policy of ethnic separation with regard to Blacks is discussed as is the position of the other population groups during this era. The factors which paved the way for the constitutional reform proposals which have come to the fore since 1977 and a concise and schematic exposition of the constitutional dispensation envisaged by the reform proposals as at September 1982 are given.

The article closes with a brief sketch of the topography for future developments. In this regard reference is made to the topics of consociation, confederation and fundamental rights.

Wanneer die Suid-Afrikaanse staatsreg ter sprake kom, is 'n mens geneig om aan 'n konstante grootheid met vaste fondamente en standhoudende beginsels te dink – tereg ook, mits daarby aanvaar word dat die staatsreg nog nooit staties was nie. Die staatsregtelike ontwikkeling van die twintigste eeu was hier te lande tot dusver sonder uitsondering evolusionêr. Ná die anneksasie van die Boererepublieke vir Brittanje in 1900[1] het die twee nuwe Britse kolonies besonder vinnig die grondwetlike ontwikkelingsfases waarvoor die Brits-koloniale staatsreg voorsiening gemaak het, deurloop om teen 1907[2] dieselfde status te bereik as dié wat vir Natal en die Kaapkolonie oor dekades ontwikkel is. Daarmee was die toneelskikking gereed vir die ontplooiing van die spesifieke *Suid-Afrikaanse* staatsreg teen die agtergrond van die Britse en Brits-koloniale staatsreg. Wat opvallend is van die daaropvolgende ontvouing van die staatsregtelike tafereel, is dat daar tye was toe weinig ontwikkeling te bespeur was en ander tye toe gebeure so saamgeloop het dat daar vinnige vernuwing plaasge-

* HL Swanepoellesing gelewer op 21 September 1982 aan die PU vir CHO.

1 Die ZAR is ingevolge Prok 15 van 1900 van Lord Roberts in Julie 1900 en die OVS ingevolge 'n soortgelyke proklamasie van Lord Roberts op 24 Mei 1900 geannekseer.

2 Kyk die *Transvaal Constitution Letters Patent* van 1906 en die *Orange River Colony Constitution Letters Patent* van 10 Junie 1907.

vind het. Ook opvallend is die byna flegmatiese aanvaarding van konstitusionele nuwighede deur die grootste gedeelte van die Suid-Afrikaanse bevolking.[3]

## 1 DIE FONDAMENTE

Die *South Africa Act 9 Edward VII c 9* wat in 1909 deur die Britse Parlement aangeneem is nadat die Nasionale Konvensie van 1908–1909 dit geformuleer het, het vir ten minste die volgende sewentig jaar die grondslae van die Suid-Afrikaanse staatsreg daargestel, maar het ook die raamwerk gevorm waarbinne die ontwikkeling van die oorspronklike stelsel plaasgevind het, om daarvan iets anders te maak as die oorspronklike ontwerp. Dit was 'n dokument vol kompromieë, wat gevolglik voorsiening gemaak het vir die voortsetting van 'n aantal uiteenlopende instellings en opvattings: 'n eenheidstaat met spoorelemente van federalisme is tot stand gebring;[4] 'n tipies Brits-koloniale sentrale regering is opgerig met provinsiale owerheidstrukture wat volgens die voorbeeld van die Boererepublieke se stelsels ontwerp is;[5] die grondwet was primêr op die Blanke bevolking gerig, maar die beperkte Swart- en Kleurlingstemreg in die Kaapprovinsie is verskans;[6] die territorium van die nuwe dominium is uit net die vier provinsies saamgestel, maar ruim voorsiening is gemaak vir die latere insluiting van aangrensende gebiede, veral van Suid-Rhodesië (tans Zimbabwe), maar ook van "territories belonging to or under the protection of His Majesty, and inhabited wholly or in part by natives" dit wil sê die gebiede wat later Lesotho, Swaziland en Botswana geword het.[7] 'n Hooggeregshof met 'n appèlafdeling vir finale appèlle is ingestel maar voorsiening is ook daarvoor gemaak dat spesiale verlof deur die koninklike geheime raad, 'n liggaam met geen regsprekende gesag in Brittanje nie, verleen kon word om daarna teen 'n uitspraak van die appèlafdeling te appelleer.[8]

Toe die nuwe grondwet in 1910 in werking getree het, was alle inwoners van Suid-Afrika Britse onderdane, maar slegs dié wat aan die Europese opvattings van beskawing voldoen het, het 'n kans gehad om toegang te kry tot die hantering van owerheidsgesag.[9] Diegene wat nie sodanige toegang gehad het

3 Voorbeelde hiervan is volop in ons geskiedenis. Enkeles daarvan is die anneksasie van die ZAR in 1877 met behulp van slegs twee pelotons polisiemanne, republiekwording in 1961 en die opkoms en onafhanklikwording van die Swart tuislande.

4 Dat federalisme hoegenaamd 'n invloed op ons staatsreg gehad het, word soms ontken: kyk bv Wiechers *Staatsreg* (1981) 196–197. Dat die provinsiale stelsel tot in 1982 nog meebring dat die Republiek nie al die normale kenmerke van 'n volkome eenheidstaat vertoon nie, kan egter nie betwis word nie. "Spoorelemente" van federalisme in 1910 was bv die gedifferensieerde kiesstelsels en plaaslike owerheidstelsels in die provinsies, art 149 van die South Africa Act 1909, die outonome provinsiale administrasies, ens.

5 Vgl Wiechers 397 n 2.

6 a 35 van die South Africa Act 1909; die Cape of Good Hope Constitution Ordinance van 1852–3 en die Franchise and Ballot Act 9 van 1892 (Kaap).

7 Kyk die voorrede, a 150, 151 en die Bylae van die South Africa Act 1909.

8 a 106 van die South Africa Act 1909.

9 Kyk die Kaapse wetgewing genoem in n 6 *supra* en die sogenaamde *Charter of Natal (Letters Patent* van 1856) en Wet 8 van 1896 (Natal) (*To amend the Law relating to the Franchise*).

nie, is beskou as objekte van administrasie: die onderskeidings wat ten opsigte van die verskillende bevolkingsdele gemaak is, was eerder rassies as etnies. Vir die eerste veertig jaar van die bestaan van die Unie, het hierdie onderskeidings die amptelik aanvaarde stellingname ten grondslag gelê.[10]

Dieselfde veertig jaar het egter 'n feitlik volkome ontvoogding van die dominium van Brittanje gebring: in 1914 het die jong Unie-weermag die Duitse *Schutzgebiet*, Suidwes-Afrika, binnegeval en in 1915 moes dié gebied deur die Duitse owerheid aan die Unie oorhandig word. Teen 1920 is Suidwes-Afrika deur die internasionale gemeenskap as mandaatgebied aan die Unieregering oorgedra, hoewel die Unie steeds maar 'n Britse dominium was;[11] in die twintigerjare het die Unie 'n prominente rol in die vergaderings van die Britse Ryk gespeel waar deurslaggewende vordering gemaak is met die ontvoogding van die dominiums; binnelands is daar ook nader beweeg aan 'n eenvormige stelsel van administrasie van die Swart bevolking.[12] Die dertigerjare het finaal wetgewende en uitvoerende outonomie vir die Unie gebring en die Swartes se beperkte deelname aan die owerheidsgesag is sterk verminder;[13] gedurende die tweede wêreldoorlog het republikanisme onder die Afrikanerbevolking opnuut gedy en in 1948 het die bewindsverandering die weg gebaan vir 'n aantal fundamentele wendings in die Suid-Afrikaanse staatsreg. Die ontvoogding van die Unie van Brittanje is vroeg in die vyftigerjare in alle opsigte behalwe die simboliese afgerond, onder meer deurdat die appèlmoontlikheid na die Geheime Raad afgeskaf is. Die nuwe bewind het sy taak benader op die grondslag van 'n republikeinse ideaal en met 'n politieke ideologie gebaseer op etniese skeiding eerder as die vorige bewinde se opvattings van globale rasse-onderskeid, getemper met beskawingseise. Met die oog op die implementering van die nuwe ideale is spoedig werk gemaak van die verteenwoordiging van Kleurlinge en Swartes in die Parlement. In dié proses het 'n aspek van die staatsreg wat reeds in 1910 van Westminster af ingevoer is, naamlik die wetgewende oppergesag van die parlement, sodanige beklemtoning verkry dat dit 'n allesoorheersende *Grundnorm* van die Suid-Afrikaanse reg geword het.[14] Op staatsregtelike gebied het dit, verder bevorder deur die immer groeiende meerderheid van die regerende party in die Volksraad en die werking van die party- en koukusstelsel, meegebring dat die stelsel vir alle praktiese doeleindes een van soewereiniteit van die uitvoerende gesag onder die kragtige beheer van 'n eerste minister geword het.[15] Repu-

10 Vgl Venter *Die Staatsreg van Afsonderlike Ontwikkeling* (1981) 162.

11 Kyk veral die voorrede en a 1 van die Volkebond se *Mandate for German South-West Africa*, Geneve, 17 Desember 1920.

12 Wiechers 119–125; die Naturellezaken Wet 23 van 1920 en die Naturelleadministrasie Wet 38 van 1927.

13 Kyk die Naturelleverteenwoordigingswet 12 van 1936.

14 Kyk bv Dugard *Human Rights and the South African Legal Order* (1978) hs 2 en Devenish "The Doctrine of Parliamentary Sovereignty and the Proposed New Constitution" 1979 *THRHR* 85–91.

15 Die eerste minister is noodwendig die leier van die politieke party wat die meerderheid van die setels in die volksraad beset. As eerste minister is hy ook die voorsitter van die uitvoerende raad wat wetgewing in die volksraad inisieer. Die parlementêre koukus van die regerende party be-

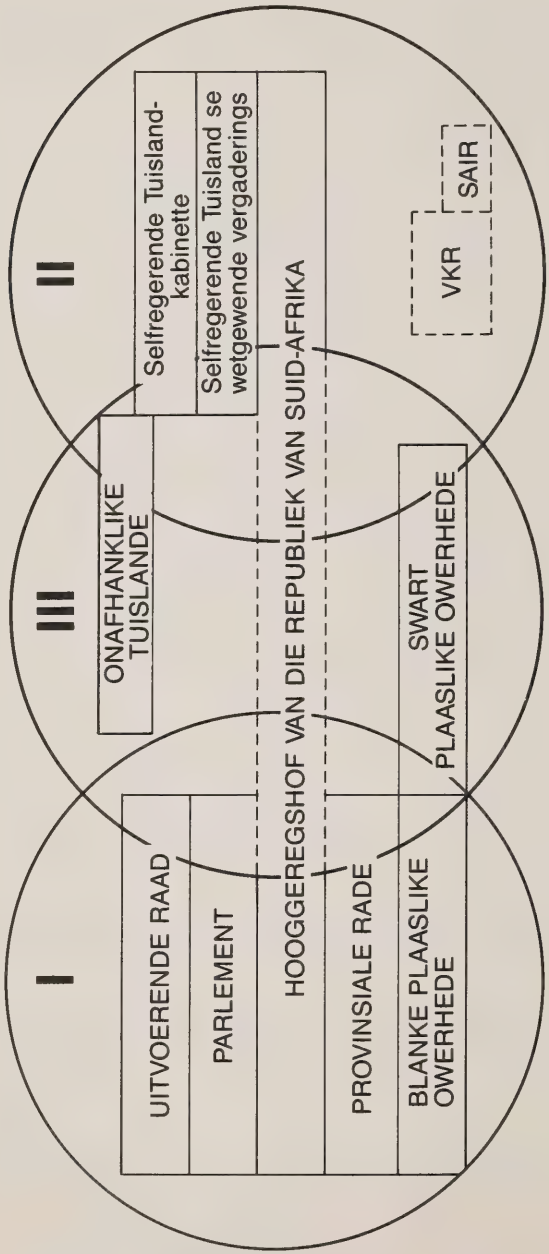

DIE STAATSREG VAN DIE RSA
I
II
III
UITVOERENDE RAAD
PARLEMENT
HOOGGEREGSHOF VAN DIE REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA
PROVINSIALE RADE
BLANKE PLAASLIKE OWERHEDE
ONAFHANKLIKE TUISLANDE
Selfregerende Tuisland-kabinette
Selfregerende Tuisland se wetgewende vergaderings
SWART PLAASLIKE OWERHEDE
VKR
SAIR
I primêre staatsreg
II sekondêre staatsreg
III tersiêre staatsreg

*Fig 1*

bliekwording in 1961 het weinig strukturele veranderinge benewens die simboliese aanpassings aan die staatsvorm meegebring. Trouens, die staatsreg van die nuwe republiek het vele anomalieë bevat omdat praktyke en regsfigure uit die Engelse tradisie en Brits-monargale instellings in stand gehou is, maar republikeinse benamings daaraan geheg is.[16]

Die heersende staatsreg van die sestiger- en sewentigerjare het die patroon wat in die eerste vyftig jaar van die verenigde Suid-Afrika ontplooi het, behou, maar op die terrein van wat in hierdie verband die belangrikste deel van die "sekondêre staatsreg" genoem kan word, het daar in dié twintig jaar aardverskuiwende veranderinge ingetree en sedert 1980 het 'n gees van vernuwing ook in die primêre staatsreg ingetree wat reeds in die positiewe reg neerslag gevind het, maar veel meer vir die nabye toekoms belowe. (Sien fig 1.)

## 2 DIE EERSTE TRILLINGS

### 2 1 Die staatsreg van afsonderlike ontwikkeling

Weens die etniese (in teenstelling met rassiese) beklemtonings van die owerheidsideologie van 1948, het daar basiese veranderings ingetree in die staatsregtelike benadering tot die Swart bevolking. In die eerste plek is tradisionele instellings beskou as kulturele en juridiese gegewens eerder as bewyse van primitiwiteit. Tweedens is amptelike erkenning verleen aan die etniese pluraliteit in die geledere van die Swart bevolking. Derdens is daarvan uitgegaan dat selfbeskikking deur die verskillende Swart volkere te verkies was bo voortgesette dominasie en administrasie of des te meer bo akkommodasie in die primêre staatstruktuur.

Die bepalende stap in die erkenning en uitbouing van die tradisionele publiekreg onder Swartes is gedoen met die promulgering van die Wet op Bantoe-Owerhede 68 van 1951. Daardeur is die grondslag gelê vir die ontwikkeling van 'n nuwe stelsel van selfregering vir Swartes, gebaseer op tradisionele stamregering maar met ontwikkelingsmoontlikhede (wat dan ook later gerealiseer het) in die rigting van staatstrukture wat die eise van moderne regering kan bevredig. Hierdie neo-tradisionele stelsel is mettertyd uitgebou om voorsiening te maak vir stam-, streeks- en gebiedsowerhede, waaruit daar toe etnies-saamgestelde wetgewende vergaderings en kabinette gegroei het in wat spoedig volkstuislande met afgebakende territoria geword het. Transkei was op die voorpunt van die ontwikkeling deurdat outonome selfregering reeds in 1963 aan dié gebied toegeken is, met 'n wetgewende vergadering wat wetgewende gesag in konkurrensie met dié van die parlement in sy jurisdiksiegebied verkry het. Die ander nege

sluit (noodwendig onder die direkte invloed van die eerste minister as lid van die koukus) oor parlementêre taktiek, welke besluite onvermydelik die lot van wetsontwerpe in die volksraad beseël.

16 Die beste voorbeeld hiervan is die amp van staatspresident wat weinig verskil van dié van die laaste goewerneur-generaal van die Unie van Suid-Afrika. Parlementêre seremonie en prosedure, asook Engelse regsfigure soos konvensies en prerogatiewe hoort ook by dié verskynsel.

tuislande het eers in die sewentigerjare ietwat stadiger gevolg, deurdat 'n verantwoordelikregerende stadium eers na die instelling van gebiedsowerhede deurgegaan is alvorens selfregering verwerf is.

Mettertyd het almal (behalwe die Swazi-gebied, KaNgwane, wat vanjaar vir insluiting by Swaziland geoormerk is) die stadium van "selfregerende gebiede binne die Republiek van Suid-Afrika" bereik. Die volvoering van die proses het in 1976 begin toe Transkei besluit het om onafhanklik te word en met die instemming vooraf van die Suid-Afrikaanse parlement, 'n outochtone republikeinse grondwet aangeneem het. Bophuthatswana het in 1977 die voorbeeld met 'n hoogs moderne maar, in die Suid-Afrikaanse konteks, andersoortige grondwet gevolg, Venda in 1979 en Ciskei in 1981. Daar is aanduidings dat KwaNdebele binnekort mag volg, waarna die selfregerende Lebowa, Gazakulu, KwaZulu en QwaQwa nog oorbly.[17]

Ooglopend het hierdie proses nie probleemloos verloop nie en is daar met dit wat daaruit ontwikkel het, steeds ernstige probleme. Die dogmatiese beklemtoning van etnisiteit aan die begin van die proses het sekere aannames ten grondslag gelê wat onprakties was om tot rypheid te bring: die ignorering tot heel onlangs van die feit dat die stelsel weinig appèl maak op die Swart bevolking wat buite die tuislande buite stamverband leef, het die owerheid genoop om in bepaalde opsigte met regsfiksies te werk. Die beste voorbeeld daarvan is dat daar in 1970 statutêr bepaal is dat elke Swarte in die Republiek onwillekeurig 'n burger is van die een of die ander van die tien tuislande.[18] Dit kan nouliks anders as fiktief wees, aangesien die betrokke gebiede se eie outonome owerhede voor onafhanklikheid geen seggenskap gehad het in die vraag wie as hulle burgers beskou moes word nie. Sedert vier van die gebiede onafhanklike state geword het, is ook weinig vordering met die burgerskapkwessie gemaak, moontlik omdat alle betrokkenes die sensitiwiteit en opperste belangrikheid van die aangeleentheid insien en nie 'n mislukking deur oorhaastige konfrontasie wil verseker nie.[19]

'n Ander kernprobleem is die geografiese versplintering van die tuislande, 'n situasie wat onder meer toegeskryf moet word aan die historiese vestigingspatrone van tradisionele Swartes, die langdurige onwilligheid van die Blanke owerheid om van die riglyne wat in 1936 reeds vir grondtoekenning vir Swartes neergelê is, af te wyk en finansiële, ekonomiese en strategiese oorwegings.[20]

Die relatiewe onderontwikkeldheid van die tuislande is 'n verdere struikelblok op die weg van die oorspronklike strenge tuislanddogma. Daar is tot onlangs absoluut daarvan uitgegaan dat Swartes buite die tuislande gaste of tyde-

17 Kyk Venter aw, veral hs III en IV.

18 Die Wet op Burgerskap van Bantoetuislande 26 van 1970.

19 By die onafhanklikwording van Transkei, Bophuthatswana, Venda en Ciskei is daar telkens in die Suid-Afrikaanse wetgewing waardeur die onafhanklikwording bewerkstellig is, voorsiening gemaak vir die nuwe state en burgerskap; daar is tussenstaatlike ooreenkomste daaroor aangegaan en na onafhanklikwording het die nuwe state ook burgerskapsreëlings getref, maar in die proses is daar eerder gebrekkige as kontensieuse maatreëls getref.

20 Vergelyk Venter aw, veral hs I en II.

like inwoners van 'n staat was waartoe hulle nie wesenlik behoort nie. Dit sou egter onrealisties wees om te dink dat die tuislande daartoe in staat is om, nieteenstaande die omvattende ontwikkelingsprogramme wat daar van stapel laat loop is, die volle bevolkingslas van almal wat statutêr hulle burgers is, te dra. Daarbenewens is die aantreklikheid van die stedelike eerste wêreld vir 'n derdewêreldbevolking eenvoudig onweerstaanbaar. Hierdie faktore het die oorspronklike owerheidsuitgangspunt dat alle Swartes deel van die selfbeskikkingsmasjinerie vorm, ondermyn en het hom gedwing om steeds voort te gaan met die *administrasie* van Swartes buite die tuislande.

Nieteenstaande die probleme van die staatsreg van afsonderlike ontwikkeling is dit nie te bewis nie dat belangrike resultate daarmee bereik is en 'n proses nog aan die gang is wat onomkeerbaar is: onafhanklike en outonome state is, nieteenstaande volkeregtelike nie-erkenning, voldonge staatsregtelike feite.[21] Ook staan dit vas dat die noodwendige akkommodasie van al die Swartes in dieselfde owerheidstrukture as die res van die bevolking effektief uitgeskakel is – so iets kan myns insiens slegs nog deur òf revolusie òf massiewe gewelddadige eksterne ingryping bewerkstellig word en dan is 'n eenheidstaat steeds nie gewaarborg nie.

## 2 2 Swartes buite die tuislande

Tot die jaar 1977, toe die Wet op Gemeenskapsrade 125 van 1977 aangeneem is, kon daar buite die tuislande nouliks sprake wees van owerheidsinstellings waaraan Swartes enige deel gehad het. Die instelling van gemeenskapsrade in die stedelike Swart woongebiede het die skepping van wat hier tersiêre Suid-Afrikaanse staatsreg genoem kan word, ingelui. Dit is naamlik die staatsreg uit hoofde waarvan Swartes binne Suid-Afrika met burgerskap van 'n onafhanklikgeworde tuisland of met Suid-Afrikaanse burgerskap selfbeskikking op plaaslike owerheidsvlak bekom. Hoewel daar in daardie stadium nog geen aanduiding was dat die owerheid bereid was om stedelike Swartes as 'n bevolkingsgroep los van die tuislande te erken nie, het die wet duidelik ten doel gehad om permanente plaaslike owerheidstrukture vir 'n permanente Swart stedelike bevolking (groot dele waarvan tegnies vreemdelinge is omdat hulle burgers van onafhanklikgeworde tuislande is) daar te stel.[22]

Die 1977-Wet het die instelling van 'n groot aantal gemeenskapsrade oral in stedelike gebiede tot gevolg gehad. Die rade is verkies en het 'n hele aantal plaaslike owerheidsfunksies begin behartig. Vyf jaar later is die Wet op Swart Plaaslike Besture 102 van 1982 aangeneem wat die ontwikkeling nog 'n stap verder neem. Ingevolge die wet kan gemeenskapsrade omgeskep word (en ook saamgegroepeer word) tot grootstadsrade, stadsrade of dorpsbesture in Swart stedelike gebiede en in kleiner gemeenskappe kan plaaslike komitees opgerig word.[23] Laasgenoemde komitees is bloot adviserende liggame, maar die

21 Vgl Booysen, Wiechers, Van Wyk en Breytenbach "Comments on the Independence and Constitution of Transkei" 1976 *SA YIL* 26–27.

22 Kyk Venter, "Die Staatsregtelike posisie van die Stedelike Swartes" 1980 *De Jure* 307.

23 Kyk a 1 (xii) en (xvii) 2 4 5 van Wet 102 van 1982.

stadsrade en dorpsbesture is volwaardige plaaslike owerhede wat dieselfde soort funksie vervul as hul eweknieë in Blanke woonbuurte.[24] Anders as gemeenskapsrade is hulle beklee met 'n wetgewende kompetensie om verordeninge uit te vaardig en, anders as in die geval van Blanke plaaslike owerhede wat onder provinsiale opsig staan, is die departement van samewerking en ontwikkeling verantwoordelik vir die oorhoofse beheer van Swart plaaslike bestuur.[25] Vir dié doel is die amp van direkteur van plaaslike bestuur geskep.[26] Mettertyd sal die Swart plaaslike owerhede waarskynlik die administrasierade se bestaan onnodig maak.[27] Die wet beoog ook nouer samewerking tussen Swart en Blanke plaaslike owerhede op die gebied van die lewering van dienste soos riolering, kragvoorsiening, paaie ensovoorts.[28] Enkele besondere kompetensies wat aan die Swart plaaslike owerhede toegeken kan word, is die toewysing en administrasie van die verkryging van wonings, die verkryging van vaste eiendom en die aanstelling van beamptes wat belas is met die handhawing van wet en orde.[29]

Hierdie verwikkelinge verteenwoordig myns insiens die vestiging van 'n bedeling vir Swartes buite die tuislande wat wesenlik los staan van die neotradisionele staatsreg van afsonderlike ontwikkeling, hoewel die invloed en betrokkenheid van die selfregerende en onafhanklike tuislande se owerhede in die stede beslis nie uitgesluit word nie. Gesien die tendens van grootskeepse verstedeliking, is hierdie tersiêre Suid-Afrikaanse staatsreg dus potensieel van groot belang vir die toekomstige ontplooiing van sowel die primêre as die sekondêre staatsreg.

## 2 3 Die res van die bevolking

Die Kleurlingbevolking, wat as bevolkingsgroep nie statutêr enigsins duidelik beskryf word nie, maar wel administratief deeglik geïdentifiseer is,[30] het 'n onstuimige staatsregtelike geskiedenis. Kleurlingkiesers van die Kaap se stemreg is in 1910 in die grondwet verskans en daardeur het hulle tot in die vyftigerjare beperkte deelname aan die owerheidsgesag saam met die Blankes gehad.[31] Na die welbekende grondwetlike worsteling in die howe en die parlement wat die oorbeklemtoning van die parlementêre wetgewende soewereiniteit as neweproduk opgelewer het, is die Kleurlingkiesers in 1956 op 'n afsonderlike kieserslys geplaas.[32] Vier Blanke verteenwoordigers is deur dié kiesers vir die volksraad verkies en een Blanke senator is benoem om hulle te verteenwoordig. In die

24 a 23 en 24 en die Bylae.
25 a 27.
26 a 3.
27 a 23(2).
28 a 26.
29 par 8 van die Bylae; a 23(1)(c) en 34.
30 Kyk bv Wiechers 425–428.
31 *Kommissie van Ondersoek na Aangeleenthede Rakende die Kleurlingbevolkingsgroep* (hierna *"Theron-kommissieverslag"* genoem) RP 38/1976 337–340.
32 Wet op die Afsonderlike Verteenwoordiging van Kiesers 46 van 1951 en die Wet tot Wysiging van die Suid-Afrika Wet 1909 9 van 1956.

Kaapse provinsiale raad is die Kleurlinge eweneens deur twee Blankes verteenwoordig.[33] Kleurlingdeelname aan plaaslike owerheidsinstellings het ook deur verskillende fases van beperkte effektiwiteit gegaan en tans is daar afsonderlike voorsiening vir raadplegende plaaslike komitees, grootliks adviserende dog gedeeltelik verkose bestuurskomitees en ook vir selfstandige munisipaliteite, waarvan daar nog net een inderdaad bestaan.[34] Veral sedert daar met die uitskuiwing van die Kleurlinge uit die Blanke owerheidsinstellings in die vyftigerjare begin is, is pogings aangewend om vir afsonderlike strukture vir hulle voorsiening te maak. Die belangrikste voorbeeld hiervan was die instelling in 1969 van die Verteenwoordigende Kleurlingraad (VKR) ingevolge Wet 49 van 1964. Dit was 'n deelsverkose wetgewende liggaam wat egter slegs onder streng beheer van die regering kon funksioneer en daarom en uit politieke oorweginge onwillig was om enigiets konstruktiefs tot stand te bring. In 1980 is die Raad ontbind en sedertdien nog nie weer vervang nie, hoewel wetgewing (Wet 24 van 1980) aangeneem is om 'n nuwe benoemde Suid-Afrikaanse Kleurlingraad in te stel, maar dit is nie geïmplementeer nie.[35]

Die Indiërs van Suid-Afrika se deelname aan die primêre staatsreg was nog altyd baie beperk. Op die plaaslike owerheidsvlak het hulle tot dusver volgens dieselfde patroon as die Kleurlinge veral in Natal onder die beheer van die Natalse provinsiale administrasie die verste gevorder. In Tongaat bestaan daar 'n gemengde Indiër- en Blanke-dorpsraad; vier Indiërmunisipaliteite, waarvan drie verkose is, bestaan verder in Natal. Origens word met adviserende buurtsakekomitees gewerk.[36] Ingevolge die Wet op die Suid-Afrikaanse Indiërraad 31 van 1968 is die Suid-Afrikaanse Indiërraad, 'n grootliks verkose en verteenwoordigende liggaam, wat egter nie oor enige wetgewende gesag beskik nie en tans hoofsaaklik dien as 'n politieke en administratiewe adres vir die Indiërbevolking, opgerig.

## 2 4 Beweging na verandering en voorbereiding vir 'n nuwe bedeling

Teen die middel van die sewentigerjare het dit duidelik geword dat die beleidsbepalers begin aanvaar het dat die meganisme van selfs verteenwoordigende adviesliggame sonder noemenswaardige owerheidsgesag nie in die sekondêre staatsreg enige kanse op sukses het nie. Die hoofvoorbeelde hiervan was die "Naturelle Verteenwoordigende Raad" wat ingevolge Wet 12 van 1936 ingestel is en in 1951 afgeskaf moes word, die VKR wat vanaf 1969 tot 1980 bestaan het en die SAIR wat steeds bestaan, maar slegs met die verstandhouding dat dit 'n tussentydse reëling is. Soos hierbo reeds aangedui is, is die weg van afsonderlike ontwikkeling met die tuislandswartes opgegaan. Die nadere betraging van op-

33 Kyk bv Wiechers 428–430.

34 Kyk bv *Gesamentlike Verslag van die Komitee vir Ekonomiese Sake en die Grondwetkomitee van die Presidentsraad oor Plaaslike en Streeksbestuurstelsels in die Republiek van Suid-Afrika* PR 1/1982 27–30.

35 Kyk Wiechers 430–433.

36 PR 1/1982 tap.

lossings vir die Kleurlinge deur die Erika Theron-kommissie[37] van ondersoek het die bal aan die rol gesit om die primêre staatsreg grondiglik te laat verander.

In die Theron-kommissieverslag van Junie 1976 is die gedagte dat daar voordele in kan wees om af te wyk van die Westminsterstelsel sterk na vore gebring.[38] 'n "Spesiale kabinetskomitee" is aangewys om ondersoek in te stel na die vraag welke aanpassings gemaak kan word om knelpunte wat deur die Theron-kommissie geïdentifiseer is, uit die weg te ruim. In Oktober 1977 is aanbevelings van die komitee gepubliseer,[39] waarin onder meer aanbeveel is dat drie verskillende parlemente en kabinette onderskeidelik vir Blankes, Kleurlinge en Indiërs tot stand gebring moes word, 'n proporsioneel-saamgestelde raad van kabinette onder voorsitterskap van 'n uitvoerende staatspresident ingestel moes word en dat 'n adviserende presidentsraad ook op proporsionele basis ingestel moes word.

Hierdie politieke voorstelle is in statutêre vorm gegiet en in April 1979 as 'n konsepgrondwetsontwerp vir algemene inligting en kommentaar gepubliseer.[40] Daaruit het dit onder meer geblyk dat die raad van kabinette die indiening en goedkeuring van wetsontwerpe sou orkestreer,[41] dat die Blanke volksraad steeds die wetgewende soewereiniteit sou behou, terwyl die (Kleurling) huis van verteenwoordigers en (Indiër) kamer van afgevaardigdes beklee sou word met die ietwat opgegradeerde kompetensies en funksies van die VKR en SAIR, met uitbreidingsmoontlikhede,[42] dat die nuwe staatspresidentsamp met besonder baie owerheidsgesag beklee sou word, asook met die verantwoordelikheid om persoonlik uitsluitsel te gee in geval van onderlinge verskille,[43] en dat die stelsel van provinsiale en plaaslike regering onveranderd sou bly.[44]

Die wetsontwerp is oor die algemeen met min entoesiasme ontvang, sodat die Kommissie van Ondersoek oor die Grondwet (die Schlebusch-kommissie) in Julie 1979 aangestel is "om ondersoek in te stel na en verslag te doen oor die invoering van 'n nuwe Grondwet vir die Republiek van Suid-Afrika." In Mei 1980 het die kommissie 'n tussentydse verslag uitgebring waarin die standpunt gestel is dat nòg die Westminsterstelsel, nòg 'n een-man-een-stemstelsel oplossings vir die Suid-Afrikaanse staatkundige probleme bied. Voorts is aanbeveel dat daar met die oog op die ontwerp van toekomstige strukture so wyd as moontlik met en tussen alle bevolkingsgroepe oorleg gepleeg en beraadslaag moes word.[45]

In Julie 1980 is die Grondwet gewysig om voorsiening te maak vir die instelling van die presidentsraad en van die amp van vise-staatspresident (wie se

37 Kyk veral deel VI.
38 Kyk aanbeveling 178 (512–513 van die verslag).
39 Nasionale Party van Suid-Afrika *Toekomstige Staatsbestel vir Wit, Bruin en Indiër*, Oktober 1977 (GPD Terblanche LV, red).
40 *Staatskoerant* 6386 van 3 April 1979.
41 klous 26(1).
42 klous 26(1)(a).
43 klous 7 13 16 19 26(1)(a)(v).
44 deel VII van die konsepwetsontwerp.
45 *Kommissie van Ondersoek oor die Grondwet-Tussentydse Verslag* RP 68/1980 par 8.

hooffunksie is om as voorsitter van die presidentsraad op te tree) en vir die afskaffing van die senaat. Die presidentsraad is 'n adviserende liggaam waarvan die lede deur die staatspresident op advies van die uitvoerende raad (kabinet) aangestel word uit die geledere van Blanke, Kleurling, Indiër- en Sjinese burgers van Suid-Afrika. Hoewel voorsiening gemaak word vir die raadpleging deur die presidentsraad van 'n "raad bestaande uit Swart Suid-Afrikaanse burgers," is so 'n laasgenoemde raad nie saamgestel nie.[46] Die ooglopende primêre opdrag aan die presidentsraad was om die materiaal wat deur die Schlebusch-kommissie (wat ontbind is) versamel is, verder te ondersoek en aan te vul met die oog op die maak van aanbevelings vir 'n nuwe grondwetlike bedeling.[47]

Daar dien op gelet te word dat die wysiginge wat in 1980 in die Grondwet aangebring is, enkele belangrike aksentverskuiwings in die primêre staatsreg teweeggebring het. Die afskaffing van die senaat as tweede wetgewende kamer met ingang 1981 het die owerheid se oortuiging dat van die Westminsterstelsel afgewyk moet word, weerspieël. Die instelling van die presidentsraad as 'n gesaghebbende multi-etniese adviesliggaam het dit duidelik laat word dat interetniese konsultasie deel geword het van die regeringstyl van die dag: dit het ontplooi in 'n eksperiment wat gangbaar as geslaagd beskou word. Kleiner aanpassings soos die aanvaarding van die gedagte van benoemde volksraadslede uit wie se geledere ministers ook aangestel kan word, is ook veelseggend: dit mag aanpassings wees wat vir blote doelmatigheidsredes gemaak is, maar dit baan die weg vir die aanpassing van die Westminster-beginsel van verantwoordelike regering uit hoofde waarvan die uitvoerende gesagsdraers direk aan die verkose wetgewende liggaam verantwoording verskuldig is.[48]

## 3 NUWE KONTOERE WORD SIGBAAR

Die jaar 1981 was 'n tyd van afwagting en bespiegeling oor die staatkundige toekoms vir die inwoners van Suid-Afrika en vir die presidentsraad en die regering was dit klaarblyklik 'n jaar van navorsing, oordenking en formulering. Die presidentsraad het sy eerste belangwekkende verslae waarin detailaanbevelings oor plaaslike en streeksowerheidsinstellings gemaak is en beginselstandpunte oor die sentrale regeringstelsel ingeneem is, in Mei 1982 gepubliseer en die regering het sy riglyne vir 'n nuwe bedeling aan die einde van Julie 1982 bekend gemaak. Hoewel die presidentsraadsverslae blote aanbevelings is en die regeringstandpunte nog maar beplanningsriglyne is, kan met stelligheid beweer word dat dit gesamentlik duidelike nuwe kontoere vir die Suid-Afrikaanse staatsreg openbaar. Die aanduidings dat 1983 die omskepping van die beplanning in positiewe staatsreg sal sien, kan nie geïgnoreer word nie.

By die bestudering van die *Eerste Verslag van die Grondwetkomitee van*

46 a 106(4)(b) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961, soos ingevoeg deur Wet 101 van 1980.

47 Kyk *Eerste Verslag van die Grondwetkomitee van die Presidentsraad* PR 3/1982 1.

48 Vergelyk Rudolph, "Nominated Members of Parliament and the Demise of the Entrenched Sections" 1981 *SALJ* 346.

*die Presidentsraad,*[49] die *Gesamentlike Verslag van die Komitee vir Ekonomiese Sake en die Grondwetkomitee van die Presidentsraad oor Plaaslike en Streeksbestuurstelsels in die Republiek van Suid-Afrika*[50] en die *Openingsrede van die Eerste Minister by die Federale Kongres van die Nasionale Party* op 30 Julie 1982,[51] blyk dit dat die regeringsdenke oor die beoogde aanpassing van die staatstruktuur wesenlik met dié van die presidentsraad ooreenstem. Die regering se riglyne is vollediger oor die sentrale regeringsvlak terwyl die presidentsraadsvoorstelle heelwat meer besonderhede oor die plaaslike regeringsvlak bevat. Wat egter opvallend is, is dat die belangrikste beginsel wat deur die presidentsraad beredeneerd vir die hele struktuur geformuleer is, volledig vervat is in die regeringsriglyne. Weens die feit dat die voortgesette nuwe bedeling aangegee word as die hoofoorsaak van die oplewing van sogenaamde politieke konserwatisme en die gevolglike herskikking van party-politieke affiliasies in Blanke geledere, bestaan die standpunt dat die wetenskaplike beoordeling van die voorstelle en riglyne uitsluitlik 'n saak vir die politieke wetenskappe is. Hierdie standpunt kan nie onderskryf word nie, aangesien die prosesse waardeur die voorbereidende en beoogde veranderinge teweeggebring is en sal word, veral juridiese prosesse is wat die juridiese ordening van die staat tref en wat per slot van rekening die staatsregtelike beginsels waarvolgens die Republiek van Suid-Afrika ingerig is, direk betref.

Gerieflikheidshalwe word die geheel van die presidentsraadsvoorstelle en regeringsriglyne hieronder (met vermelding van die enkele punte van verskil) as 'n geheel beskou en daarna word verwys as "die ontwerp."

Beginsels wat die ontwerp ten grondslag lê is segmentale outonomie, leierskoalisie, 'n uitvoerende staatshoof, 'n supra-etniese uitvoerende gesag wat nie direk aan die wetgewende gesag verantwoordelik is nie, gesagsuitoefening deur konsensus, maksimum gesagsdevolusie en desentralisasie van administrasie, plaaslike owerheids- en gemeenskapsoutonomie en rasionalisering van kultuuronsensitiewe owerheidsdienste.[52] Deur die werking van hierdie beginsels is 'n absolute *sine qua non* vir die sukses van die ontwerp die aanvaarding deur die meerderhede in die drie deelnemende bevolkingsegmente van die beginsels self. Die ontwerp laat weinig ruimte vir onbuigsaamheid en veronderstel onderlinge verdraagsaamheid.

Vier belangrike aangeleenthede word nie behandel nie, of word slegs sydelings in die ontwerp behandel, naamlik wetgewende soewereiniteit, die regsprekende gesag, die buigsaamheid van die grondwet en die besondere beskerming van sogenaamde individuele en groepsregte. Oor hierdie sake moet hier enkele aannames na aanleiding van *obiter*-aanduidings gemaak word: daar word veronderstel dat wetgewende soewereiniteit voorlopig in stand gehou sal word,

49 PR 3/1982.
50 PR 1/1982.
51 Versprei deur die Nasionale Party.
52 Hierdie beginsels word deurgaans op verskeie plekke in die eerste minister se *Openingsrede*, in PR 1/1982 en PR 3/1982 by name genoem en verduidelik: kyk veral hs 9 van PR 3/1982.

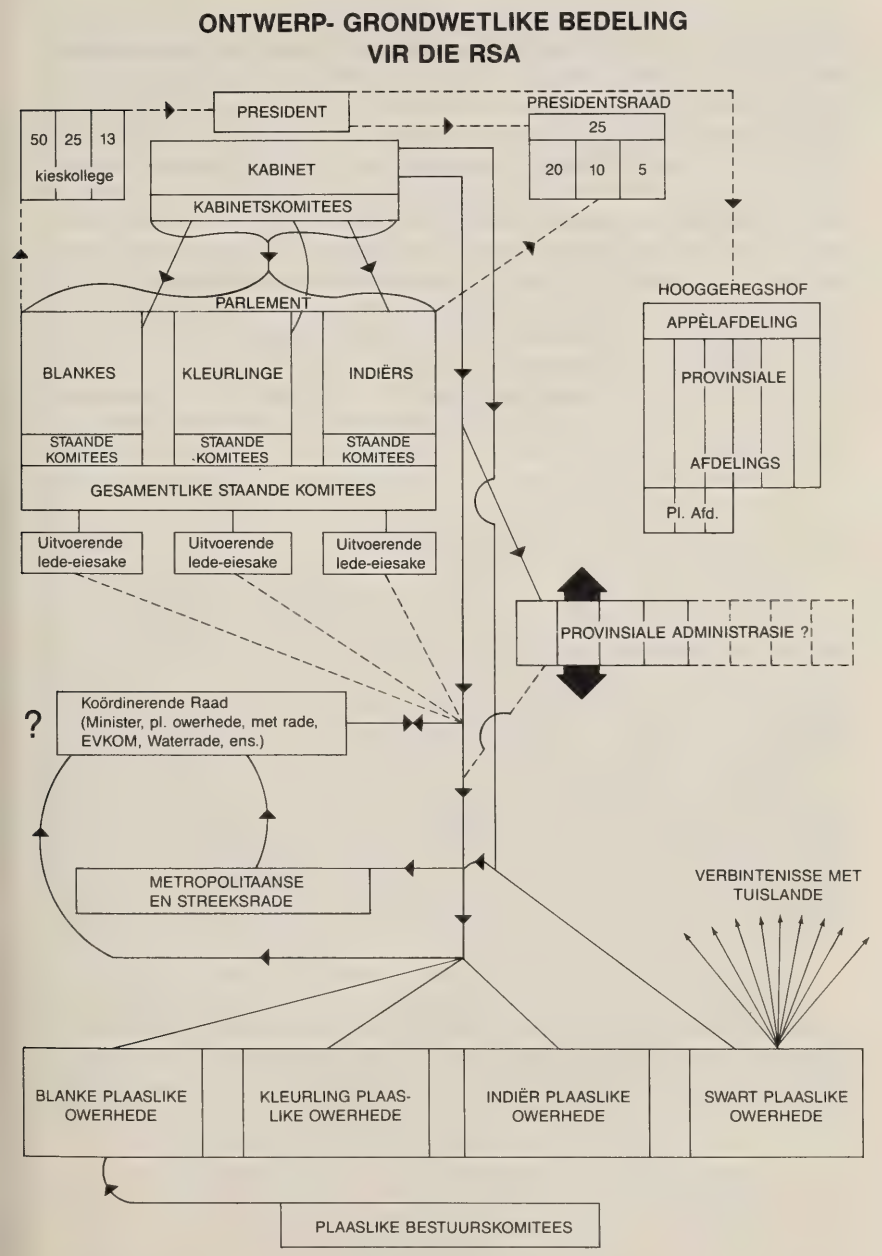

ONTWERP- GRONDWETLIKE BEDELING
VIR DIE RSA
PRESIDENT
PRESIDENTSRAAD
25
20
10
5
50
25
13
kieskollege
KABINET
KABINETSKOMITEES
PARLEMENT
BLANKES
KLEURLINGE
INDIËRS
STAANDE KOMITEES
STAANDE KOMITEES
STAANDE KOMITEES
GESAMENTLIKE STAANDE KOMITEES
Uitvoerende lede-eiesake
Uitvoerende lede-eiesake
Uitvoerende lede-eiesake
HOOGGEREGSHOF
APPÈLAFDELING
PROVINSIALE
AFDELINGS
Pl. Afd.
PROVINSIALE ADMINISTRASIE ?
?
Koördinerende Raad
(Minister, pl. owerhede, met rade, EVKOM, Waterrade, ens.)
METROPOLITAANSE EN STREEKSRADE
VERBINTENISSE MET TUISLANDE
BLANKE PLAASLIKE OWERHEDE
KLEURLING PLAAS-LIKE OWERHEDE
INDIËR PLAASLIKE OWERHEDE
SWART PLAASLIKE OWERHEDE
PLAASLIKE BESTUURSKOMITEES

*Fig 2*

hoewel die huidige oorbeklemtoning en potensiële misbruik daarvan weens die eise van die konsensusprosesse sterk getemper sal word; die howe mag nouer betrek word by die konstitusionele proses sonder dat daarvoor noodwendig grondwetlik voorsiening gemaak hoef te word, aangesien die toepassing van gemelde beginsels van die ontwerp die behoefte aan regsprekende konflikbeslegting en grondwetuitleg mag verhoog; klaarblyklik word geen algeheel verskanste grondwet tans beoog nie, maar die buigsaamheid daarvan sal sterk beperk wees indien, soos wat die aanduidings is, die samewerking van al drie deelnemende segmente nodig sal wees om dit te wysig; daar is tans geen aanduiding daarvan dat 'n klassieke verklaring van fundamentele regte as deel van 'n nuwe grondwet beoog word nie, maar die grondwetlike identifisering van wat "onverhandelbare eie sake" genoem is,[53] kan mettertyd uitloop op die verskansing van groeps- en ander fundamentele regte.

Vir die huidige doeleindes kan die materie van die ontwerp ten beste skematies voorgestel word. Daardeur word dit ook onnodig om 'n volledige beskrywing van die ontwerp hier weer te gee. (Sien fig 2.)

Met verwysing na die skematiese voorstelling kan daarop gewys word dat die presidentsraadsvoorstelle, anders as die regeringsriglyne, melding maak van 'n premier in die kabinet.[54] So 'n premier sou dan primêr "met die daaglikse administrering van die land, die koördinering van die ministers en die regering se verhouding tot die wetgewende funksie" gemoeid wees, terwyl die president as voorsitter van die kabinet die bepaling van nasionale beleid sou stuur. Nog 'n verskil is dat die regeringsriglyne lidmaatskap van die kabinet nie onversoenbaar met lidmaatskap van die parlement maak nie, terwyl die presidentsraadsvoorstelle dit uitsluit.[55] Die regeringsriglyne maak dit egter duidelik dat kabinetslede nie lede van die wetgewende liggame sal hoef te wees nie.

Wat die provinsiale stelsel betref, is die skrif aan die muur. Die presidentsraadsvoorstelle bevat twee alternatiewe wat egter albei die ontneming van die provinsiale rade se wetgewende gesag beoog.[56] Die regeringsriglyne voorsien 'n stelselmatige verandering waarvan die uiteinde nie omlyn is nie, maar waarin daar sprake is van die afgee van kompetensies en funksies na die sentrale en plaaslike owerheidsvlakke en die moontlike herafbakening van administratiewe streke.[57]

Oor die plaaslike owerheidsvlak is daar grootliks ooreenstemming tussen die twee stelle gedagtes, hoewel die presidentsraadsaanbevelings meer konkrete besonderhede bevat. Geen melding word in die regeringsriglyne gemaak van die koördinerende raad wat in alternatief A van die presidentsraadsvoorstelle vervat is nie. Dit is egter besonderhede wat nie noodwendig die wese van die stelsel raak nie.

53 Kyk die eerste minister se *Openingsrede* 12.
54 PR 3/1982 63 6 31.
55 6 32.
56 PR 1/1982 114 en 115.
57 Die eerste minister se *Openingsrede* 14.

Wat opvallend van die plaaslike owerheidstelsel is, is dat die konkrete moontlikheid bestaan dat die Swart plaaslike owerhede enersyds saam met die ander betrokke kan raak by metropolitaanse en streeksrade vir die sogenaamde "harde" dienslewering en andersyds onder 'n ander staatsdepartement (samewerking en ontwikkeling) funksioneer as dié waardeur die plaaslike owerhede van Blankes, Kleurlinge en Indiërs gekoördineer sal word, naamlik die nuwe departement van staatkundige ontwikkeling.[58]

Dat daar egter 'n oorgangsfase sal moet wees waartydens die huidige betrokkenheid van die provinsiale administrasies en die tersaaklike staatsdepartemente by plaaslike bestuur na die bestemde nuwe adresse verskuif word, is duidelik. Dit mag gedurende sodanige oorgangsfase blyk dat dit sinvol sal wees om alle plaaslike owerheidstelsels onder een staatsdepartement tuis te bring. Dat die Swart plaaslike owerhede se verbintenisse met die tuislande verbreek sal word, is egter nouliks denkbaar, enersyds omdat groot getalle tuislandburgers by plaaslike owerhede in die Republiek betrokke is,[59] en andersyds omdat die plaaslike owerhede by tye die tuislandowerhede nuttig mag vind as politieke bondgenote.

## 4 DIE TOPOGRAFIE VAN DIE TOEKOMS

### 4 1 Konsosiasie

Die uitdrukking "konsosiatiewe demokrasie" kom verskeie kere in die presidentsraadsaanbevelings voor,[60] maar die regeringsriglyne swyg oor die saak, hoewel van die terminologie wat gangbaar is in die konsosiasieleer, duidelik in laasgenoemde figureer. Die vier hoofbeginsels van die konsosiatiewe demokrasie is sogenaamde "groot" koalisie, wedersydse veto, proporsionaliteit en segmentale outonomie.[61] Hoewel sommige teoretiese eksponente van die leer die mening huldig dat die presidentsraadsvoorstelle 'n skeefgetrekte weergawe van konsosiasie beliggaam,[62] is dit tog duidelik dat die vier hoofbeginsels daarvan in die ontwerp figureer. Konsosiasie is geen waarborg vir suksesvolle plurale owerheidsgesagshantering nie, maar mits 'n redelike mate van welwillendheid by die deelnemende segmente teenwoordig is, kan dit 'n raamwerk vir Suid-Afrika bied waarbinne 'n effektiewe konfliknivellerende bedeling tot stand gebring kan word.

### 4 2 Konfederasie

Sonder om op die tegniese besonderhede daarvan in te gaan,[63] kan die kenmerke van die konfederasie-konsep net kortliks hier geïdentifiseer word. 'n Konfede-

58 *Openingsrede* 12; PR 1/1982 138 en 139.

59 Kyk a 3(5) van die Wet op Gemeenskapsrade 125 van 1977 en a 8(1)(b) van Wet 102 van 1982.

60 Kyk veral hs 4 van PR 3/1982.

61 Kyk bv Wiechers 46 n 63 en Boulle "Federation and Consociation – Conceptual Links and Current Constitutional Models" 1981 *THRHR* 236.

62 Kyk bv Giliomee in die *Eastern Province Herald* van 1 Junie 1982 10 en die berigte oor Arend Lijphart se reaksie in die *Sunday Times* van 16 Mei 1982 2 en in *Rapport* van dieselfde datum 5.

63 Kyk bv Venter "Konfederasie" 1981 *TSAR* 272.

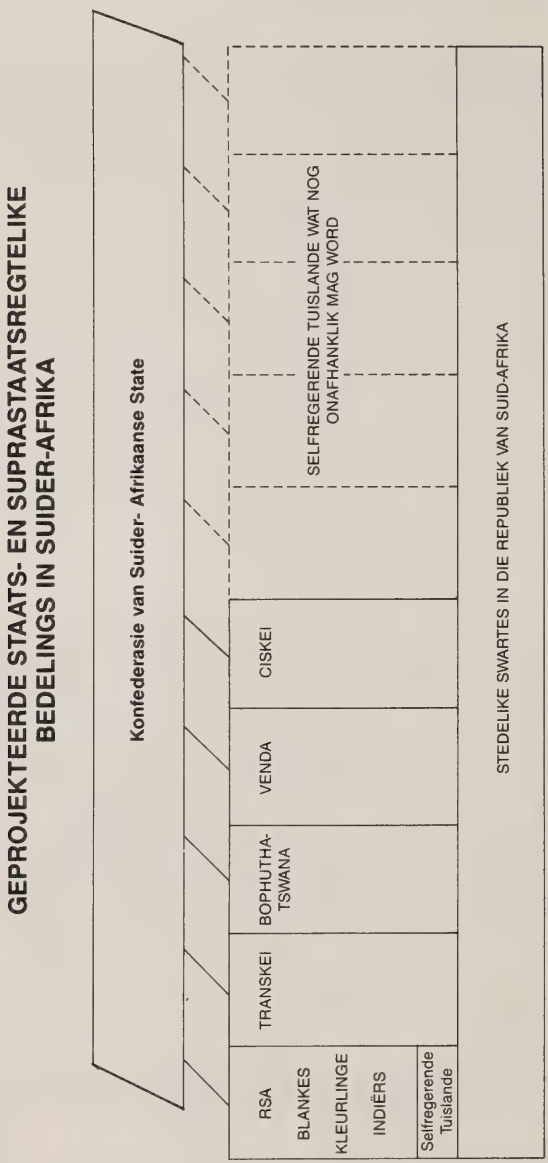



*Fig 3*

rasie is 'n samebinding van soewereine state waartoe die betrokke state deur verdragsluiting ooreengekom het en waaruit enige deelnemende staat hom te eniger tyd sou kon onttrek. Die hoofdoel daarvan is gewoonlik die gemeenskaplike verdediging van die deelnemende state en die voer van 'n gemeenskaplike internasionale beleid, maar dit is goed denkbaar dat verdere doelstellings, gebaseer

op byvoorbeeld ekonomiese, finansiële, administratiewe, geografiese, demografiese en historiese oorwegings 'n belangrike rol by konfederasievorming kan speel. Konfederale liggame het gewoonlik geen direkte beheer of seggenskap oor die burgery van die deelnemende state nie en besluitneming deur konfederale liggame skep nie sonder transformasie deur die deelnemende state se owerhede munisipale reg nie.

Die moontlikheid van die tot stand brenging van 'n konfederasie van Suider-Afrikaanse state is die afgelope tyd dikwels in die openbaar geopper.[64] Die skepping van 'n konfederasie volgens die patroon wat soos volg skematies voorgestel kan word, is, indien die potensiële deelnemers voordele daarin sien, heeltemal denkbaar. (Sien fig 3.)

Omtrent al die bogemelde oorwegings vir konfederasievorming is in die een of ander vorm teenwoordig in die Republiek en die state wat uit die Republiek ontvoog is. Om die waarheid te sê, dieselfde oorwegings kan ten opsigte van state buite die kring waargeneem word, byvoorbeeld ten opsigte van Swaziland, Lesotho, Botswana en Suidwes-Afrika. Sou so 'n konfederasie opgerig word, sal die publiekregtelike posisie van die stedelike Swartes, wat in groot getalle "vreemde" burgers in een van die konfederale state sal wees, eienaardig wees, maar juis dié feit kan 'n aansporing tot konfederasievorming wees.

## 4 3 Fundamentele Regte

In die moderne publiekreg is die beskerming van die sogenaamde fundamentele regte van die individuele burger teen die staat 'n konstante tema. Die inheemse Suid-Afrikaanse publiekregsteorie is egter in hierdie opsig uiters arm, deurdat daar geen noemenswaardige algemene leer oor die juridiese aard van die verhouding tussen owerheid en burger in ons reg bestaan nie. Wat egter dikwels in hierdie verband gebeur, is dat die liberaal-humanistiese weergawes van die menseregte-leerstuk en van die "rule of law" aangebied word as die enigste moontlike middele om die leemte mee te vul.

By die reedsgenoemde waarskynlike vermelding in 'n nuwe grondwet van beskermde "eie sake" van die deelnemende segmente, kan 'n nuttige aanknopingspunt gevind word om 'n fundamentele regsleer eie aan Suid-Afrika en geskik vir ons juridiese milieu te ontwikkel. 'n Noodsaaklikheid daarby is egter dat die regsteorie daarmee saam sal moet ontwikkel om 'n behoorlike grondslag daarvoor te kan vorm.

Ter afsluiting kan verwys word na 'n uitspraak van die grondwetkomitee in sy eerste verslag,[65] welke uitspraak hier ten volle onderskryf word:

> "Die Komitee neem die houding in dat wie gelowig opsien na God, ook die opdrag kry om nie hande gevou te sit nie, maar om te werk aan sy eie toekoms."

64 bv die eerste minister se *Openingsrede* 5.
65 PR 3/1982 27.

# Die aanwending van eiendomsreg van roerende sake ter verskaffing van saaklike sekerheid

DSP Cronjé
*Hons BA LLM LLD*
*Professor in die Privaatreg aan die Universiteit van Suid-Afrika*

**SUMMARY**

**The use of ownership of movable property to provide real security**

It can be safely said that there is a need in South African practice for a form of real security over movable property whereby the debtor remains in possession of the property concerned, while the creditor retains real security over it. Pledge cannot be used in this way as the pledgee must be in possession of the thing. For this reason Germany and the Netherlands have made use of ownership to satisfy their practical needs. Ownership can be used in two ways to provide security for the creditor. First we have reservation of ownership which can, however, only be applied in a contract of sale where the seller is the owner of the thing. It is of no use to a debtor who wants, for security purposes, to make use of a thing which is already in his possession and which he wants to retain in his possession. What the Germans and the Dutch did in this respect was to transfer ownership of the thing, which would serve as security. In this way the needs of both parties are satisfied: The debtor remains in possession of the thing and has the "normal" use thereof, while the creditor enjoys real security as it is he who owns the thing. While reservation of ownership was readily recognised in South Africa, the transfer of ownership for security purposes is not a legal ground for the transfer of ownership. In this article the latter legal institution is analysed in German and Dutch law, and it is submitted that it would be better to adapt the law of pledge to meet the needs of our practice than to import the transfer of ownership to provide real security for a creditor.

## INLEIDING

Ons ekonomiese lewe is vandag sekerlik nie meer denkbaar sonder die verlening van krediet nie. Nie net die man in die straat nie maar ook die kleinhandelaar, die groothandelaar, fabrikant, invoerder ensovoorts is op krediet aangewese. En waar krediet verleen word, is dit vanselfsprekend dat die kredietverlener in die meeste gevalle sekerheid vir sy vordering sal verlang. Die goed wat 'n skuldenaar gebruik om sekerheid aan sy krediteur te verskaf, is sy onroerende goed, sy vorderingsregte en sy roerende goed. Die reëling van sekuriteitsverskaffing by onroerende goed is in ons reg tot 'n betroubare stelsel uitgebou wat in die praktyk goed werk: Word 'n verband oor onroerende eiendom verleen, word dit in 'n openbare register geregistreer wat vir enigeen toeganklik is wat belangstel om te weet of 'n betrokke onroerende saak beswaar is al dan nie. Die belangrikste punt om hier te onthou, is dat die skuldenaar in besit van die eien-

dom bly ten spyte daarvan dat die skuldeiser saaklike sekerheid geniet. Ook die aanwending van vorderingsregte *in securitatem debiti* funksioneer in die praktyk heel goed. Hier kom die uitoefening van fisiese beheer oor die saak vanselfsprekend nie ter sprake soos in die geval van roerende en onroerende goed nie.

By roerende sake is die posisie anders omdat besit van 'n roerende saak deur die pandnemer vereis word voordat hy 'n pandreg op die betrokke saak kan vestig.[1] Dit is so omdat aan die bestaan van 'n saaklike reg publisiteit verleen moet word.[2] Die skuldenaar kan dus nie sy roerende saak as saaklike sekerheid laat dien en nog fisiese beheer daaroor behou nie. In die reël kan of wil 'n skuldenaar egter nie die besit van sy roerende sake ontbeer nie en daarom kan hy dit nie tot sekerheidstelling aanbied nie. Die gevolg hiervan was dat pandreg in die moderne reg 'n minder belangrike regsfiguur geword het.[3]

## DIE PUBLISITEITSBEGINSEL

Die rede waarom 'n besitslose pandreg nie toegelaat word nie is omdat dit in stryd is met een van die basiese beginsels van die sakereg, naamlik die publisiteitsbeginsel. Volgens hierdie beginsel geld saaklike regte teenoor almal en om daardie rede moet hulle bestaan op een of ander wyse bekend gemaak word.[4] Die funksie van hierdie beginsel is om die ware vermoënsposisie van 'n persoon aan derdes bekend te maak en sodoende te verhoed dat 'n skuldenaar 'n beter finansiële posisie voordoen as waarin hy in werklikheid verkeer.[5] By onroerende goed word van 'n openbare register gebruik gemaak om die nodige publisiteit te verkry maar by roerende goed is die posisie meer ingewikkeld. In die Romeinse reg is die nodige publisiteit by sommige meer belangrike sake verkry deur die sake voor getuies oor te dra. Vergelyk die posisie by *mancipatio* en *in iure cessio*.[6] In ons groot gemeenskappe is dit vandag onmoontlik om publisiteit langs hierdie weg te verkry. Deesdae word publisiteit aan die bestaan van 'n saaklike reg op 'n roerende saak deur besit verleen, en weliswaar nie deur die oordrag van die besit nie maar deur uitoefening daarvan. Ons reg ken naamlik die weerlegbare vermoede dat die persoon wat in besit van 'n roerende saak is ook die eienaar daarvan is.[7] Brahn[8] praat by onroerende goed van "positiewe publika-

1 *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442. Die posisie is dieselfde in die Duitse reg (par 1205 BGB) en Nederlandse reg (art 1198 (1) BW).
2 Sien hieronder.
3 Weber *Sicherungsgeschäfte* 2e uitg (1977) 71; 1976 *NJW* 1602.
4 Adams *Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte* (1980) 177; Sien ook Weber 1976 *NJW* 1602 en Van der Merwe *Sakereg* (1979) 12.
5 Adams 177; Baur *Lehrbuch des Sachenrechts* 8e uitg (1975) 559; Drobnig *Empfehlen sich Gesetzliche Massnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Gutachten F zum 51. Deutschen Juristentag* (1976) 58; Fesevur *De Zakelijke Zekerheidsrechten naar Tegenwoordig en Toekomstig Nederlands Recht* (1979) 84.
6 Sien Kaser *Das römische Privatrecht* 2e uitg (1971) 43 e v 48 e v.
7 *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 308; *Gleneagles Farm Dairy v Schoombee* 1949 1 SA 830 (A) 836.
8 *Fiduciaire Eigendomsoverdracht en Eigendomsvoorbehoud* 2e uitg (1978) 12–13.

sie'' terwyl ons by roerende goed met ''negatiewe publikasie'' te doen het. Die bestaan van die reg moet hier deur die feitelike toestand bekend gemaak word. Derdes kan weliswaar nie op grond van die feitelike toestand die bestaan van die pandreg vasstel nie maar deurdat 'n besitspand vereis word, word verhoed dat die pandgewer hom as volle eienaar voordoen. Vandag setel besit en eiendomsreg egter in toenemende mate in verskillende hande sodat die uitoefening van besit eintlik nie meer 'n betroubare publisiteitsfunksie vervul nie. 'n Mens dink hier nie net aan gehuurde en geleende goed wat 'n persoon in sy besit het nie maar ook aan sake wat hy ingevolge 'n ''leasing''-kontrak hou of goed wat hy op grond van 'n afbetalingskontrak in sy besit het maar waarvan eiendomsreg voorbehou is. Laasgenoemde twee kategorieë van kontrakte kom vandag al hoe meer in die praktyk voor.

Verder geld die beginsel *ubi rem meam invenio, ibi vindico* baie sterk in ons reg sodat 'n derde wat op die skyn vertrou dat 'n besitter eienaar van 'n saak is en dit byvoorbeeld by hom koop, bedroë daarvan gaan afkom as die besitter inderdaad nie die eienaar is nie en die werklike eienaar die saak kom opeis. Ons reg ken nie die beginsel van *bona fide* eiendomsverkryging deur 'n derde nie. Die enigste remedie wat tot die derde se beskikking sou wees, is estoppel en as 'n mens na uitsprake soos *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas*[9] en *Electrolux (Pty) Ltd v Khota*[10] kyk, lyk dit nie of hy uit hierdie oord veel hulp sal kry nie.

'n Mens sou dus kon sê dat as 'n besitlose saaklike sekerheidsreg in ons reg verhoed word vanweë die publisiteitsfunksie van besit en besit hierdie funksie inderdaad nie vervul nie, daar niks in die weg behoort te staan van die erkenning van sodanige reg nie, veral nie as boonop nog aan die bestaan daarvan voldoende publisiteit verleen word nie. Maar hieroor later meer.

## DIE AANWENDING VAN EIENDOM OM SEKERHEID TE STEL

As gevolg van ontwikkelinge op ekonomiese gebied het daar in die twintigste eeu 'n groot behoefte ontstaan aan die verruiming van kredietverlening in die algemeen – en in die besonder met betrekking tot roerende goed, omdat roerende sake weens ontwikkelinge op tegniese gebied al hoe waardevoller geraak het. Dit het nou 'n verkeerseis geword dat roerende sake aan kredietverlening diensbaar gestel moes kon word.[11] Dit was veral belangrik dat 'n metode gevind moes word waarvolgens die sake as saaklike sekerheid vir 'n krediteur kon dien terwyl dit in die fisiese beheer van die skuldenaar gebly het. Soos reeds gesê, kon die pandregfiguur hier geen hulp bied nie en daarom is in die praktyk van eiendomsreg gebruik gemaak om die gewenste resultaat te bereik.

In die eerste plek is van eiendomsvoorbehoud gebruik gemaak. Hierdie regsfiguur kon egter net in 'n mate verligting bring omdat dit net aangewend

9 1956 3 SA 420 (A) 427B–D.

10 1961 4 SA 244 (W) 246A.

11 Jarolimek *Eigendom tot Zekerheid* (1956) XI; Melsheimer *Sicherungsübereignung oder Registerpfandrecht* (1967) 2. Weber *Sicherungsgeschäfte* 70–71.

kan word as die verkoper eienaar van die saak is en hy dit dan verkoop.[12] Dit het die skuldenaar niks gebaat wat 'n saak tot sekerheidstelling wou gebruik wat reeds in sy besit was en wat hy ook verder in sy fisiese beheer wou hou nie. Om hierdie probleem te ondervang, is van eiendomsoordrag tot sekerheidstelling of fidusiêre eiendomsoordrag[13] gebruik gemaak. Eiendomsvoorbehoud in sy eenvoudigste vorm het geredelik in die Suid-Afrikaanse reg ingang gevind en vandag geniet dit algemene erkenning, veral in verband met afbetalingsverkooptransaksies. Eiendomsoordrag tot sekerheidstelling daarenteen word nie as sodanig in ons reg as regsgrond vir eiendomsoordrag erken nie.[14] Maar ook in die Suid-Afrikaanse praktyk bestaan 'n behoefte aan 'n saaklike sekerheidsreg waarvolgens 'n persoon sy roerende goed tot sekerheidstelling kan aanwend sonder om besit daarvan prys te gee. Dit blyk reeds uit ouer sake soos *Zandberg v Van Zyl*[15] en *Goldingers' Trustee v Whitelaw and Son*[16] maar veral uit meer onlangse sake soos *Caledon en Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer Bpk v Wentzel,*[17] *Boland Bank Bpk v Joseph,*[18] *Delport v Strydom,*[19] *Trust Bank van Afrika Bpk v Western Bank.*[20] In al hierdie sake is probeer om die verbod op besitslose pandreg te omseil deur op dikwels hoogs gekunstelde wyses van eiendomsreg gebruik te maak om sekerheid aan die krediteur te verskaf en terselfdertyd die sekerheidsvoorwerpe in die fisiese beheer van die skuldenaar te laat. Uit die sake blyk verder dat die howe hierdie transaksies aanvanklik verwerp het maar in die onlangse verlede meer bereid is om hulle te erken. Dit moet waarskynlik daaraan toegeskryf word dat ook die howe bewus is van die praktyk se behoefte aan 'n nuwe vorm van besitslose saaklike sekerheid.[21]

Dit is interessant om daarop te let dat voordat die Hoge Raad fidusiêre eiendomsoordrag erken het sekerheid ook in die Nederlandse reg op 'n uiters gekunstelde wyse aan die krediteur verskaf is. Hiervolgens het die skuldenaar die betrokke goed aan die skuldeiser verkoop maar hom terselfdertyd verbind om die koopprys nie van die skuldeiser te vorder solank as wat hy self nie sy skuld teenoor die skuldeiser voldoen het nie. Verder is dan ooreengekom dat die skuldenaar, nadat hy sy verpligtinge teenoor die skuldeiser nagekom het, die

12 Sien hieronder vir 'n vergelyking tussen eiendomsvoorbehoud en eiendomsoordrag tot sekerheidstelling.

13 In die Nederlandse reg word in die verband ook van *fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid* gepraat om dit te onderskei van fidusiêre eiendomsoordrag wat nie op die verskaffing van sekerheid gerig is nie, bv by 'n trust, d w s die *fiducia cum creditore* teenoor die *fiducia cum amico.* Sien Brahn 10; Fesevur 83.

14 Sien *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A); *Parton and Colam v G M Pfaff (SA) Pty Ltd* 1980 4 SA 485 (N); Van der Merwe 488 e v; Cronjé en Van der Spuy 1981 *THRHR* 168 e v.

15 1910 AD 302.

16 1917 AD 66.

17 1972 1 SA 270 (A).

18 1977 2 SA 82 (D).

19 1977 3 SA 325 (O).

20 1978 4 SA 281 (A).

21 Sien ook Van der Merwe 486–487; Van Warmelo 1981 *TSAR* 71.

goed teen dieselfde prys sal terugkoop.[22] Dit is verder interessant om daarop te let dat toe die Hoge Raad hierdie transaksie in die bekende Bierbrouwerijarrest[23] erken het, hy dit nie as 'n koop erken het nie maar as 'n ooreenkoms ter verskaffing van sekerheid.[24] Dit was die ontstaan van fidusiêre eiendomsoordrag in die Nederlandse reg.

Van al die metodes wat in die praktyk aangewend is om die eng bepalings van die pandreg te omseil, het eiendomsoordrag tot sekerheidstelling in Duitsland en Nederland die meeste sukses behaal.[25] Om hierdie rede is dit goed gedink om te kyk hoe hierdie regsfiguur in die twee regstelsels gekonstrueer word en hoe dit daar funksioneer.

Daar sal hoofsaaklik aan die Duitse reg aandag gegee word maar na die Nederlandse reg sal ook verwys word. Albei hierdie regstelsels het dieselfde agtergrond as die Suid-Afrikaanse reg sodat heelwat waarde uit hul ervaring verkry mag word.

## EIENDOMSOORDRAG TOT SEKERHEIDSTELLING

Hierbo is reeds daarop gewys dat eiendomsvoorbehoud nie in Duitsland en Nederland in alle opsigte kon voldoen aan die eise wat die veranderde ekonomiese omstandighede vir die verlening van saaklike sekerheid gestel het nie. Waar vroeër hoofsaaklik van leweransierskrediet gebruik gemaak is, is krediet meer en meer deur banke en ander finansieringsinstansies begin verleen.[26] Eiendomsvoorbehoud was dus buite die kwessie: daar moes 'n ander manier gevind word waarvolgens 'n persoon sy roerende sake tot sekerheidstelling kon aanwend sonder om onmiddellike besit daarvan prys te gee. Vir hierdie doel is eiendomsoordrag tot sekerheidstelling gebruik.

Hieronder word verstaan dat 'n skuldenaar (sekerheidsgewer) ter versekering van 'n vordering wat sy skuldeiser (sekerheidsnemer) teen hom het, 'n saak in eiendom aan die skuldeiser oordra, maar die saak in sy onmiddellike beheer behou. Eiendomsoordrag geskied by wyse van *constitutum possessorium*.[27] Op dié wyse word sowel sekerheidsgewer as sekerheidsnemer se belange gedien. Eersgenoemde behou die onmiddellike beheer van die saak en kan dit verder benut. Die sekerheidsnemer daarenteen stel nie in onmiddellike beheer van die saak belang nie maar net in die bevoorregte posisie wat sy eiendomsreg hom teenoor ander skuldeisers gee in geval die skuldenaar sy verpligtinge nie nakom nie.

Niemand hou daarvan dat die feit openbaar gemaak word dat hy van sy goed moes verpand nie en hierdie stelsel het vir die skuldenaar juis die voodeel

22 Fesevur 86–87.
23 1929 NJ 616.
24 Fesevur 87; Pitlo *Het Zakenrecht* 7e uitg (1977) 434.
25 Sien Jarolimek XII–XIII.
26 Fesevur 84; Brahn 1–2.
27 Lent – Schwab *Sachenrecht* 16e uitg (1977) 134; Baur 566; Westermann *Sachenrecht* (1966) 208; Soergel–Siebert *Bürgerliches Gesetzbuch* bd 4 *Sachenrecht* 10e uitg (1968) 258; Pitlo 432; Fesevur 82.

ingehou dat geen publisiteit daaraan verleen is nie.[28] Die nadele wat dit vir derdes en ander krediteure as die sekerheidseienaar ingehou het, het die ontwikkeling daarvan nie verhoed nie.[29]

Die konstruksie van eiendomsoordrag tot sekerheidstelling is aan ons reg nie onbekend nie. Reeds in die Romeinse reg is die *fiducia cum creditore* deur 'n skuldenaar gebruik om 'n saak ter versekering van sy skuld in eiendom aan sy skuldeiser oor te dra. Terselfdertyd is afgespreek dat die skuldeiser eiendomsreg van die saak by aflossing van die skuld aan die skuldenaar sal terugoordra.[30] Dit is interessant om daarop te let dat die saak dikwels in beheer van die skuldenaar-oordraer gelaat is.[31] Fidusiêre eiendomsoordrag is nie net tot sekerheidstelling gebruik nie maar het ook in die erfreg aanwending gevind, byvoorbeeld by die fideikommis. Vandag geniet dit in ons reg ook nog daagliks toepassing by die trust.[32]

Volgens die konstruksie van eiendomsoordrag tot sekerheidstelling verkry die skuldeiser sakeregtelik eiendom maar kontraktueel word aan sy reg 'n inhoud gegee van 'n reg wat baie nou met pandreg ooreenstem. Die verskil is net dat die sekerheidsgewer in beheer van die saak bly wat by 'n "egte" pandreg nie moontlik is nie.[33] Dit het die vraag in sowel die Duitse as die Nederlandse reg laat ontstaan of eiendomsoordrag tot sekerheidstelling hoegenaamd geldig is en of dit nie dalk op wetsontduiking neerkom nie.[34] 'n Mens moet onthou dat hierdie regsfiguur in albei hierdie regstelsels in die praktyk ontwikkel is en nie deur die wetboeke gereël is nie.[35] Die kritiek daarteen was dat 'n mens hier nie met werklike "eiendomsoordrag" te doen het nie maar met 'n verskuilde pandreg.[36] Die partye se bedoeling is in albei gevalle dieselfde, net die vorm verskil, en juis die resultaat wat die wetgewer wou vermy, word nou langs 'n ander weg bereik. Die kwessie was baie omstrede[37] maar die eise en behoeftes van die ekonomiese verkeer het die deurslag gegee en eiendomsoordrag tot sekerheidstelling is in die howe erken,[38] eenvoudig omdat dit "in het maatschappelijk le-

28 Bauer 564.

29 Bauer 557.

30 Sien bv Kaser 144 e v 460 e v; Pitlo 431.

31 Feenstra *Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht* 3e uitg (1980) 101.

32 Dit is die *fiducia cum amico*. Sien Brahn 10; Fesevur 83. Dit is interessant dat Fesevur (83) daarop wys dat "[i]n de loop der eeuwen is steeds na fiduciaire constructies (met de daaraan 'inherente' overbedeling) gegrepen als hetgeen partijen in feite wilden bereiken op grond van het 'normale' recht niet mogelijk was". Sien ook Pitlo 431–432.

33 Fesevur 83; sien ook Schütz–Trost *Bankgeschäftliches Formularbuch* 16e uitg (1962) 563; Pitlo 436–437.

34 Weber *Sicherungsgeschäfte* 71; 1976 *NJW* 1604; Lent–Schwab 135; Pitlo 433; Fesevur 84.

35 Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung* (1965) bd II 44; Weber 1976 *NJW* 1604; Bauer 556–557; Soergel–Siebert 258; Fesevur 84–85; Asser–Van Oven *Zakenrecht* 10e uitg (1978) 117. Deur eiendomsvoorbehoud word ook besitslose saaklike sekerheid verkry met dieselfde effek as 'n besitslose pandreg maar hierdie regsfiguur word wel in die wetboeke gereël – sien par 455 BGB en art 15 76(h) e v van die BW.

36 Pitlo 433; Soergel–Siebert 258; Asser–Van Oven 118–119.

37 Fesevur 84; Brahn 18; Pitlo 433; Lent–Schwab 135.

38 Sien die beslissings van die Hoge Raad 1929 NJ 616 en 1096 en wat die Duitse reg betref 57 RGZ 177; 59 RGZ 147; 62 RGZ 130.

ven een noodzaak is''.[39] Vandag is dit gewoonteregtelik gevestig en word nog steeds nie in die kodes van hierdie lande gereël nie.[40]

## TOTSTANDKOMING

Eiendomsoordrag tot sekerheidstelling kom tot stand deur die aangaan van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms, die sekerheidsooreenkoms, en oordrag van die saak.[41] In die sekerheidsooreenkoms verplig die skuldenaar hom om aan die skuldeiser bepaalde goed in eiendom oor te dra ter versekering van 'n vordering van die skuldeiser.[42] In hierdie ooreenkoms word die regte en verpligtinge van die partye met betrekking tot die sekerheidseiendom gereël. Die sekerheidsooreenkoms bepaal gewoonlik ook dat die skuldenaar die goed vir sy rekening moet verseker, die onderhoudskoste daarvan moet dra en moontlike belasting daarop moet betaal.[43] Hierdie bepalings hoef nie in 'n besondere vorm afgelê te word nie. Dit kan selfs mondelings aangegaan word maar om bewysredes word die ooreenkoms gewoonlik skriftelik gesluit.[44]

Uit die onderliggende verbintenisskeppende ooreenkoms blyk dat aan die sekerheidsnemer veel meer regsmag oorgedra word as wat hy mag uitoefen omdat hy kontraktueel aan bande gelê word. Hierdeur word hy in 'n vertrouensposisie geplaas en teenoor die sekerheidsgewer verplig om die groter mag wat hy kry nie te misbruik nie.[45] Hy mag naamlik nie so met die goed wat tot sekerheidstelling aan hom oorgedra is, optree dat die doel van die transaksie verydel word nie.[46] Die oorgedraagde goed dien vir eers vir die skuldeiser net tot sekerheid en hy mag dit nie vervreem voor sy vordering opeisbaar word nie.

Die wyse waarop die skuldeiser die sekerheidsgoed kan verkoop as die skuldenaar sy verpligtinge nie nakom nie word gewoonlik ook in die onderliggende verbintenisskeppende ooreenkoms gereël.[47] Hierdie ooreenkoms kan ook bepalings bevat oor die plig van die sekerheidsnemer om by beëindiging van die sekerheidseiendom die saak aan die sekerheidsgewer terug oor te dra. Dit sal daarvan afhang of hulle die sekerheidseiendom onvoorwaardelik oorgedra het of

39 Fesevur 84; sien ook Soergel–Siebert 258; Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 41e uitg (1982) 1054.

40 Westermann 215; Soergel–Siebert 258; Palandt 1054; Baur 557–558; Haegele *Eigentumsvorbehalt Sicherungsübereignung* 4e uitg (1978) 82.

41 Palandt 1056; Westermann 210; Weber *Sicherungsgeschäfte* 72 75; Haegele 83 92; Zerick bd II 44; Fesevur 82.

42 Haegele 92; Serick bd II 44; Soergel–Siebert 259. Dit is ook moontlik dat 'n ander persoon as die skuldenaar 'n saak tot sekerheidstelling aan die skuldeiser kan oordra – Haegele 92; Baur 569.

43 Baur 569; Westermann 210; Weber *Sicherungsgeschäfte* 76; Haegele 104 112; Fesevur 82; Schütz–Trost 585.

44 Serick bd II 44; Haegele 93; Schütz–Trost 564.

45 Serick bd II 75; Weber *Sicherungsgeschäfte* 76; Bauer 574; Fesevur 82; Lent–Schwab 134; Palandt 1040; Westermann 207; Soergel–Siebert 258.

46 Haegele 106; Weber *Sicherungsgeschäfte* 76.

47 Baur 569.

onderworpe aan die ontbindende voorwaarde dat die skuldenaar sy skuld betaal.[48] Hieroor later meer.

'n Sekerheidsafspraak is nietig as dit *contra bonos mores* is. Dit sal byvoorbeeld die geval wees as derdes, soos bestaande of toekomstige skuldeisers van die sekerheidsgewer, deur die sekerheidsoordrag benadeel of bedreig word of as die sekerheidsoordrag van so 'n omvang is dat die sekerheidsgewer so afhanklik van die sekerheidsnemer word dat hy sy ekonomiese selfstandigheid geheel en al verloor.[49] Of die sekerheidsoordrag in 'n gegewe geval *contra bonos mores* is al dan nie kan nie volgens algemene reëls vasgestel word nie maar moet volgens al die omstandighede van die betrokke geval beoordeel word.[50]

## SAKE WAT TOT SEKERHEIDSTELLING AANGEWEND KAN WORD

Deur eiendomsoordrag tot sekerheidstelling kan enige soort vordering verseker word solank die vordering maar presies aangedui word.[51] Hierdie regsfiguur word in die handelspraktyk meestal aangewend om 'n lening of krediet te verseker wat deur 'n bank of ander finansiële instelling verleen is.[52]

Die aard van die sake wat tot sekerheidstelling aangewend kan word, is wyduiteenlopend. Dit sluit nie alleen enkele sake soos meubels, motors en masjinerie in nie maar ook 'n versameling van sake soos 'n winkelvoorraad, 'n trop beeste of 'n biblioteek. 'n Skuldenaar kan 'n saak ook tot sekerheidstelling oordra al is hy nie die onmiddellike besitter daarvan nie solank hy maar die middellike besit het.[53] Op dié wyse kan byvoorbeeld uitgelene of verpande sake ook in sekerheidseiendom oorgedra word. Eiendomsoordrag geskied in die Duitse reg in sodanige gevalle meestal deur oordrag van die skuldenaar se *rei vindicatio* aan die skuldeiser.[54] Selfs sake wat die skuldenaar nog nie in sy besit het nie maar eers in die toekoms gaan verkry, kan reeds vooraf tot sekerheidstelling oorgedra word sodat die skuldeiser outomaties eiendomsreg daarvan verkry op die stadium as dit in die onmiddellike besit van die skuldenaar kom. Eiendomsoordrag vind hier plaas by wyse van 'n sogenaamde "antezipiertes Bezitskonstitut."[55] Hierdie vooruitoordrag van 'n saak tot sekerheidstelling is in die praktyk veral van belang by die oordrag van 'n winkelvoorraad waarvan die voorraad vanselfsprekend voortdurend aangevul word.

Dit is 'n baie belangrike vereiste dat die sake wat in sekerheidseiendom oorgedra word ten tye van die aangaan van die sekerheidsafspraak duidelik be-

48 Lent–Schwab 134; Weber *Sicherungsgeschäfte* 76.
49 Palandt 1056; Bauer 572–573; Westermann 213–214; Schütz–Trost 568 e v; Soergel–Siebert 262; Lent–Schwab 136.
50 Baur 573; Zerick bd III 3 e v; Weber *Sicherungsgeschäfte* 77–78; 1976 *NJW* 1604; Haegele 123 e v; Soergel–Siebert 262.
51 Haegele 94; Fesevur 93, Westermann 210.
52 Baur 565.
53 Haegele 87–88.
54 par 931 BGB.
55 Weber *Sicherungsgeschäfte* 73; 1976 *NJW* 1604; Haegele 99–100; Westermann 208; Lent–Schwab 136; Schütz–Trost 565; Palandt 1054.

paald is; dis nie voldoende dat hulle bepaalbaar is nie.[56] Hierdie vereiste is van besondere belang by die oordrag van 'n versameling van sake soos meublement of 'n winkelvoorraad. In sodanige geval moet die enkele sake wat die versameling uitmaak duidelik uit die sekerheidsafspraak blyk sodat hulle te eniger tyd uitgesonder kan word. Die sake is nie voldoende bepaal as getuienis buite die sekerheidsooreenkoms nodig is om te bewys watter sake oorgedra is nie.[57]

## DIE VERHOUDING TUSSEN DIE PARTYE

Die sekerheidsnemer word volle eienaar van die sekerheidsgoed. Die partye kan nie die inhoud van sy reg deur ooreenkoms sakeregtelik beperk nie. Dit sou daarop neerkom dat die krediteur 'n pandreg verkry wat die hele transaksie ongeldig sou maak omdat besitslose pandreg nie toegelaat word nie.[58] Die bevoegdhede van die sekerheidsnemer ten opsigte van die saak kan dus net kontraktueel aan bande gelê word wat beteken dat hy die saak wel geldig kan vervreem voordat sy vordering opeisbaar word.[59] Hierdie toedrag van sake hou nie vir die sekerheidsgewer veel gevaar in nie. In die geval waar die eiendom aan die sekerheidsnemer oorgedra is onderworpe aan die ontbindende voorwaarde dat die skuldenaar sy skuld volledig sal betaal, word laasgenoemde sonder meer weer volle eienaar van die goed wat tot sekerheid gedien het as hy sy verpligtinge nakom.[60] Die feit dat 'n derde intussen eienaar was, is dan nie meer van enige wesenlike belang nie.

In die geval waar die eiendom onvoorwaardelik oorgedra is, is die sekerheidsnemer alleenlik verplig om die eiendom aan die sekerheidsgewer terug oor te dra as laasgenoemde sy skuld betaal.[61] Ook hier is die skuldenaar nie sonder remedie as die skuldeiser die saak aan 'n derde vervreem het nie. As die skuldenaar ten tye van die vervreemding onmiddellike besitter van die saak was, wat gewoonlik die geval sal wees, en hy ingevolge die sekerheidsooreenkoms 'n reg op besit gehad het,[62] kan hy op grond van hierdie reg op besit, weier om besit van die saak prys te gee.[63] Hy kan hom ook daarop beroep dat hy die vordering net teen terugoordrag van die eiendom hoef te betaal.[64]

Dit is net in die uitsonderlike geval waar die sekerheidsnemer die onmiddellike besit van die sekerheidsgoed het en hy dit dan aan 'n *bona fide* derde vervreem en die saak aan hom oorhandig dat die sekerheidsgewer sy reg sal verloor.[65]

56 28 BGHZ 16 19; Haegele 94–97; Baur 568; Westermann 209; Schütz–Trost 565; Fesevur 91–93.
57 132 RGZ 187; Weber *Sicherungsgeschäfte* 73; Haegele 94–95.
58 Haegele 106.
59 Serick bd II 253; Haegele 107; Palandt 1041 1055; Weber *Sicherungsgeschäfte* 74–75; Baur 576; Westermann 211.
60 par 161 BGB. Vir volle besonderhede sien Serick bd II 75–76 254–255; Haegele 107–108.
61 Serick bd II 253.
62 Hierdie reg op besit word soms ingeperk – Serick bd II 253 vn 81.
63 par 986(2) BGB; Zerick bd II 253–254; Haegele 108.
64 Haegele 108; Palandt 1055.
65 Serick bd II 255; Haegele 108.

Vervreem die sekerheidsnemer die goed in stryd met die sekerheidsooreenkoms pleeg hy natuurlik kontrakbreuk sodat hy vir skadevergoeding teenoor die sekerheidsgewer aanspreeklik kan wees.[66]

Anders as by pandreg is eiendomsoordrag tot sekerheidstelling in die Duitse reg nie aksessories nie. Dit is met ander woorde nie van die bestaan van die vordering wat dit verseker afhanklik nie.[67] As die sekerheidsnemer sy verseker-de vordering sedeer, gaan die sekerheidseiendom nie outomaties op die sessionaris oor nie.[68] Sedent en sessionaris kan egter uitdruklik of stilswyend ooreenkom dat eiendomsreg met die sessie op die sessionaris oorgaan.[69] Die nuwe skuldeiser sal gewoonlik aanspraak op eiendomsoordrag hê.[70]

Die sekerheidsgewer verloor eiendomsreg van die goed wat hy tot sekerheidstelling oorgedra het maar, soos reeds gesê, bly hy gewoonlik in beheer daarvan en die moontlikheid bestaan dus dat hy die goed in stryd met sy verpligtinge aan 'n derde kan vervreem.[71] Dra die sekerheidsgewer die sekerheidsaak in stryd met sy verpligtinge aan 'n derde oor, kan die sekerheidsnemer dit nie met sy *rei vindicatio* opeis as die saak fisies aan die derde oorgedra is en hy op daardie stadium nog ter goeder trou is nie.[72] Ook al is die derde ter goeder trou verkry hy nie eiendomsreg as die skuldenaar in besit van die goed bly nie.[73] 'n Persoon is ter goeder trou as hy onbewus was daarvan dat die sekerheidsgewer nie eienaar was nie (of nie oor die saak kon beskik nie) en sy onkunde nie aan sy nalatigheid toe te skryf is nie.[74] As 'n skuldenaar dus 'n saak waarvan hy nie eienaar is nie vir 'n tweede keer tot sekerheidstelling oordra, en die saak word, soos wat gewoonlik die geval is, *constituto possessorio* oorgedra, sal die tweede sekerheidsnemer nie op hierdie stadium eienaar kan word nie maar eers as die saak aan hom oorhandig word (byvoorbeeld om verkoop te word) en hy dan nog ter goeder trou is.[75]

Die sekerheidsnemer se posisie word verder bemoeilik deurdat op hom 'n plig gelê word om ondersoek in te stel na die skuldenaar se omstandighede voordat hy 'n saak in sekerheidseiendom aan hom laat oordra. Dit kom naamlik algemeen in die handelsverkeer voor dat sekere goedere, soos motors en swaar masjinerie, onder eiendomsvoorbehoud verkoop word of tot sekerheidstelling

66 Weber *Sicherungsgeschäfte* 76; Baur 576; Serick bd II 76–77; Palandt 1041.

67 Weber *Sicherungsgeschäfte* 75; Baur 567; Palandt 1056. In die Nederlandse reg is die posisie nie so duidelik nie maar dit wil voorkom of die meerderheidsopinie daar ten gunste van die standpunt is dat fidusiêre eiendomsoordrag net soos pandreg 'n aksessore reg is – sien Pitlo 436; Fesevur 93; Brahn 44–49; Asser–Van Oven 125.

68 Weber *Sicherungsgeschäfte* 75; Palandt 1055; Haegele 108; Baur 567; Soergel–Siebert 259.

69 Weber *Sicherungsgeschäfte* 75.

70 Palandt 1055; Soergel–Siebert 259; Haegele 108.

71 Dieselfde geld vir sake wat onder eiendomsvoorbehoud aan 'n persoon verkoop is en waarvoor hy nog nie volledig betaal het nie.

72 par 933 BGB; Haegele 90 112.

73 par 933 BGB; Haegele 90 112.

74 Haegele 90. Sekerheidseiendom kan nie van 'n saak verkry word wat van die eienaar gesteel is of wat verlore geraak het nie – par 935 BGB; Haegele 90.

75 Serick bd II 227; Haegele 90.

oorgedra word. Daarom rus daar 'n plig op 'n voornemende sekerheidsnemer om ondersoek in te stel of die betrokke goed nie reeds as sekuriteit dien nie. So kan hy byvoorbeeld rekeninge of kwitansies laat voorlê om vas te stel of die goed ten volle betaal is.[76] 'n Algemene reël kan nie neergelê word oor watter ondersoek ingestel moet word nie – dit sal van die omstandighede van elke geval afhang.[77] Stel 'n voornemende sekerheidsnemer nie voldoende ondersoek in nie mag hy hom dalk aan nalatigheid skuldig maak wat sal beteken dat hy nie as 'n *bona fide* verkryger kan geld nie.

Uit bostaande is duidelik dat die skuldeiser by eiendomsoordrag tot sekerheidstelling in 'n heelwat swakker posisie is as 'n pandnemer omdat eersgenoemde in 'n groot mate op die eerlikheid van die skuldenaar aangewys is.[78]

## DIE POSISIE BY BESLAGLEGGING EN INSOLVENSIE

Aangesien die sekerheidsgewer normaalweg in die onmiddellike besit van die sekerheidsgoed bly, kan sy ander skuldeisers daarop beslag laat lê. In hierdie omstandighede word die sekerheidsnemer as die "volle" eienaar beskou wat beteken dat hy beslaglegging op die sekerheidsgoed deur die ander skuldeisers kan afweer.[79] In die uitsonderingsgeval waar die sekerheidsgoed in die onmiddellike besit van die sekerheidsnemer is en daar word deur sy skuldeisers daarop beslag gelê, word hy egter nie as die volle eienaar beskou nie. Alhoewel die sekerheidsgewer nie meer eienaar is nie kan hy die beslaglegging deur die skuldeisers van die sekerheidsnemer afweer.[80] Hier kom die gedagte dus duidelik na vore dat die goed net tot sekerheidstelling aan die sekerheidsnemer oorgedra is, dat hy sodoende net fidusiêre eienaar is en nie "volle" eiendomsreg het nie. Die skuldeisers van die sekerheidsnemer kan net beslag lê op die vordering wat die sekerheidsnemer teen die sekerheidsgewer het.[81]

In die geval van die sekerheidsgewer se insolvensie word die sekerheidsnemer weer eens nie as die volle eienaar beskou nie. In Duitse terminologie het hy nie 'n "Aussonderungsrecht" nie maar net 'n "Absonderungsrecht." Dit beteken dat hy nie die goed uit die insolvente boedel kan neem as iets wat nie aan die skuldenaar behoort nie maar dat hy net 'n bevoorregte skuldeiser is.[82] Ook hierin lê duidelik 'n teenstrydigheid want per slot van sake is die sekerheidsnemer *eienaar* van die goed en nou word hy net soos 'n pandhouer behandel.[83]

76 Serick bd II 229 255; Haegele 91.
77 Haegele 91; Serick bd II 230 e v.
78 Sien Schütz–Trost 563; Weber 1976 *NJW* 1603–1604.
79 Baur 571; Soergel–Siebert 259; Westermann 211; Schütz–Trost 565.
80 Serick bd II 77; bd III 294; Soergel–Siebert 259; Weber *Sicherungsgeschäfte* 84.
81 Weber *Sicherungsgeschäfte* 84.
82 Jauernig *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht* 16e uitg (1983) 186 e v; Serick bd III 266; Weber *Sicherungsgeschäfte* 85; Lent–Schwab 137; Baur 571; Soergel–Siebert 259; Schütz–Trost 573; Palandt 1042.
83 Serick bd III 267; Weber *Sicherungsgeschäfte* 85.

By insolvensie van die sekerheidsnemer daarenteen verkry die sekerheids*gewer* wel 'n "Aussonderungsrecht." Dit wil sê hy kan die sekerheidsgoed uit die insolvente boedel uitsonder asof dit nie aan daardie boedel behoort nie.[84] Hy kan dit egter net doen as hy die versekerde vordering wat die sekerheidsnemer teen hom het teenoor die kurator vervul.[85] As van die standpunt uitgegaan word dat die sekerheidsnemer volle eiendomsreg van die sekerheidsgoed verkry, is hierdie regsposisie ook inkonsekwent.

Ook in die Nederlandse reg word die partye by insolvensie van een van hulle grootliks behandel asof 'n mens met 'n pandreg te doen het.[86]

## BEËINDIGING VAN DIE SEKERHEIDSEIENDOM

### 1 As die skuldenaar sy verpligtinge nakom:

Die sekerheidsooreenkoms bevat gewoonlik bepalings oor wat met die sekerheidsgoed moet gebeur as die sekerheidsgewer sy skuld betaal en die versekerde vordering dus uitgewis word. Hier bestaan twee moontlikhede. In die eerste plek kan die sekerheidsgewer die goed oordra onderworpe aan die ontbindende voorwaarde dat die versekerde vordering volledig gedelg sal word.[87] Met uitwissing van die vordering word die skuldenaar dan *ipso iure* weer eienaar sonder dat enige oordragshandeling van die partye weer nodig is.[88] In hierdie geval verkry die sekerheidsgewer 'n verwagtingsreg.[89] Voorwaardelike eiendomsoordrag tot sekerheidstelling hou vir die sekerheidsnemer sekere nadele[90] in en daarom word die eiendom in die praktyk meestal onvoorwaardelik oorgedra. Die sekerheidsnemer verplig hom dan gewoonlik in die sekerheidsooreenkoms om by uitwissing van sy vordering die sekerheidsgoed terug oor te dra.[91] By betaling van sy skuld verkry die skuldenaar dat 'n vorderingsreg op terugoordrag maar totdat die goed inderdaad weer terugoorgedra is, word hy nie eienaar nie.[92] Die terugoordrag geskied normaalweg by wyse van *traditio brevi manu* omdat die skuldenaar byna deurgaans die saak in sy onmiddellike beheer sal hê.[93] Aan die vorm van teruglewering word nie baie streng eise gestel nie. Die saaklike ooreenkoms kan mondeling, stilswyend of deur 'n handeling geskied waarop die partye in die sekerheidsafspraak ooreengekom het.[94]

84 Palandt 1041; Serick bd III 294; Jauernig 187; Baur 575; Westermann 212; Schütz–Trost 565 573.
85 Jauernig 187; Weber *Sicherungsgeschäfte* 86; Lent–Schwab 137.
86 Pitlo 434–436; Fesevur 89; Asser–Van Oven 122.
87 Serick bd III 389 e v; Baur 566; Soergel–Siebert 260.
88 par 158(2) BGB; Serick bd III 390; Baur 566 577; Westermann 211; Weber 1976 *NJW* 1605.
89 par 161 BGB; Bauer 566. Oor die verwagtingsreg sien Cronjé "Die Eiendomsverwagting van 'n koper onder Eiendomsvoorbehoud" in *Petere Fontes L C Steyn-gedenkbundel* 5.
90 Sien hieroor Serick bd III 390–391; Schaarschmidt *Die Sparkassenkredite* 6e uitg (1978) 593; Schütz–Trost 567.
91 Serick bd III 385; Schaarschmidt 593; Schütz–Trost 565 567.
92 Serick bd III 385.
93 Serick bd III 408; Schaarschmidt 594; Bauer 566.
94 Schaarschmidt 594–595; Westermann 211; Serick bd III 408–409.

Normaalweg kan die saaklike ooreenkoms egter nie uit die blote betaling en aanvaarding van die versekerde skuld afgelei word nie.[95] Daar word vereis dat die sekerheidsnemer, na terugbetaling van die skuld, op een of ander na buite erkenbare wyse aan die sekerheidsgewer laat blyk dat die eiendomsoordrag tot sekerheidstelling beëindig is.[96] Die rede hiervoor is dat die sekerheidsgoed meestal meerdere vorderinge of nog toekomstige vorderinge verseker en dat dit dus in 'n gegewe geval onseker mag wees of werklik alle vorderinge van die sekerheidsnemer uitgewis is al dan nie.[97] In die praktyk is dit gebruiklik dat die sekerheidsnemer sy bedoeling om die eiendomsreg terug oor te dra skriftelik aan die sekerheidsgewer bekend maak en laasgenoemde se aanvaarding geskied stilswyend.[98]

**2 As die skuldenaar sy verpligtinge nie nakom nie:**

Net soos in die geval van pandreg kan die sekerheidsnemer die sekerheidsgoed eers vervreem as die versekerde vordering opeisbaar word.[99] Die aard en wyse van die vervreemding word ongeveer deurgaans in die sekerheidsafspraak gereël.[100] In die reël word ooreengekom dat die sekerheidsnemer die sekerheidsgoed sonder die tussenkoms van 'n hof op 'n plek kan vervreem wat vir hom geskik is as die skuldenaar sy verpligtinge nie nakom nie. Die sekerheidsnemer hoef die sekerheidsgewer nie eers aan te maan dat hy die goed gaan verkoop of eers vir hom 'n termyn te stel waarbinne hy moet presteer voor vervreemding sal plaasvind nie.[101] Dit is duidelik dat die bepalings met betrekking tot vervreemding van die sekerheidsgoed waar die skuldenaar sy verpligtinge nie nagekom het nie, ten doel het om die posisie van die sekerheidsnemer veel makliker te maak as wat by die streng en dikwels omslagtige reëls van die pandreg die geval is. So het hy gewoonlik die reg om die sekerheidsgoed na goeddunke te verkoop[102] en nie per openbare veiling soos wat by pandreg die geval is nie.[103] Dit is juis belangrik om daarop te let dat die reëls van pandreg nie by eiendomsoordrag tot sekerheidstelling toepassing geniet nie, ook nie in die seldsame geval waar daar oor 'n spesifieke aspek van die vervreemding geen reëling tussen die partye bestaan nie.[104] Aan die ander kant moet in gedagte gehou word dat 'n mens hier met 'n fidusiêre transaksie te doen het en dat die sekerheidsnemer die

95 Schaarschmidt 595.
96 Sien Schaarschmidt 595; sien ook Serick bd III 409.
97 Schaarschmidt 595.
98 Serick bd III 409; Schaarschmidt 595.
99 Weber *Sicherungsgeschäfte* 78.
100 Serick bd III 451; Schaarschmidt 600; Haegele 109–110.
101 Weber *Sicherungsgeschäfte* 78. Vir meer besonderhede sien Schaarschmidt 600 e v; Serick bd III 451 e v.
102 Schaarschmidt 600 601; Serick bd III 459; Palandt 1056; Westermann 212; Soergel–Siebert 259–260; Schütz–Trost 567.
103 par 1235(1) BGB; Serick bd III 459; Lent–Schwab 134.
104 Schaarschmidt 600; Serick bd III 460; Westermann 212. Sien ook Baur 569–570 575; Schütz–Trost 567; Palandt 1056.

gedeelte van die opbrengs van die saak wat meer as sy vordering is aan die sekerheidsgewer moet uitbetaal.[105] Om dié rede moet die sekerheidsnemer by vervreemding van die saak voortdurend die belange van die skuldenaar voor oë hou. Die sekerheidsgoed moet dus so gunstig as moontlik van die hand gesit word.[106] Alhoewel hy gewoonlik die reg het om die goed na goeddunke te verkoop, is hy op grond van sy vertrouensposisie verplig om dit op 'n openbare veiling te verkoop as sodoende 'n hoër prys verkry kan word.[107] Oortree die sekerheidsnemer hierdie verpligting van hom op skuldige wyse moet hy skadevergoeding aan die skuldenaar betaal.[108]

Is die opbrengs nie voldoende om die skuldeiser se vordering ten volle te bevredig nie bly die sekerheidsgewer skuldenaar vir die orige bedrag maar hierdie orige vordering is dan nie meer verseker nie.[109]

By pandreg kan 'n pandhouer nie beding dat hy die verpande saak mag behou ter voldoening van sy vordering as die skuldenaar nie sy skuld betaal nie *(lex commissoria)*.[110] Die vraag of die *lex commissoria* by eiendomsoordrag tot sekerheidstelling toelaatbaar is, is in die Duitse reg omstrede hoewel dit tog wil voorkom of die meerderheidsopinie ten gunste daarvan is.[111] In die Nederlandse reg is die *lex commissoria* verbied. Dit beteken dat die fidusiêre eienaar in presies dieselfde posisie as 'n pandhouer is. Hy moet die sekerheidseiendom met ander woorde ooreenkomstig artikels 1201 en 1202 BW in die openbaar verkoop en enige oorskot moet hy aan die skuldenaar besorg.[112]

## 'N VERGELYKING TUSSEN EIENDOMSVOORBEHOUD EN EIENDOMSOORDRAG TOT SEKERHEIDSTELLING

Fidusiêre eiendomsoordrag sowel as eiendomsvoorbehoud berus op dieselfde grondbeginsel: in albei gevalle soek die krediteur beveiliging van sy posisie in die eiendomsreg van sake wat in die onmiddellike besit van die skuldenaar is.[113] Verder is dit die gedagte dat die skuldenaar hierdie sake "normaal" sal gebruik en uiteindelik (weer) eienaar daarvan sal word.[114] Tussen die twee regsfigure is egter ook verskille. Meestal ontstaan hulle verskillend. By eiendomsvoorbehoud is die sekerheidsnemer eienaar van die saak en hy dra sy eiendomsreg voorwaardelik oor. Die skuldenaar verkry aanvanklik die feitelike mag oor die goed en volle eiendomsreg eers by vervulling van die voorwaarde, dit wil sê by volledige betaling van die koopprys. By eiendomsoordrag tot sekerheidstelling

105 Weber *Sicherungsgeschäfte* 81; Fesevur 133; Schütz–Trost 565 567; Palandt 1056.
106 Weber *Sicherungsgeschäfte* 79; Westermann 212; Schütz–Trost 567.
107 Serick bd III 459; Weber *Sicherungsgeschäfte* 79.
108 Weber *Sicherungsgeschäfte* 79; Palandt 1056.
109 Weber *Sicherungsgeschäfte* 81.
110 par 1229 BGB. Dieselfde geld ook in ons reg – sien *Mapenduka v Ashington* 1919 AD 343 351; *Baines Motors v Piek* 1955 1 SA 534 (A) 542.
111 Sien in die algemeen Westermann 212; Soergel–Siebert 260; Palandt 1056.
112 Pitlo 434; Fesevur 89; Brahn 45; Asser–Van Oven 121.
113 Baur 558; Fesevur 132; Brahn 40–41.
114 Fesevur 133.

is die sekerheidsgewer eienaar van die saak en dra hy sy eiendomsreg aan die kredietverlener oor maar behou die feitelike beheer daaroor.[115]

By eiendomsvoorbehoud is die vordering van die skuldeiser betaling van die koopprys van die betrokke saak self. Hieruit is duidelik dat eiendomsvoorbehoud in die praktyk net by 'n koopkontrak gebruik sal word. By fidusiêre eiendomsoordrag daarenteen kan eiendom oorgedra word ter versekering van vorderinge ten opsigte van goedere sonder dat tussen die vordering en die sekerheidsobjek 'n verband bestaan, byvoorbeeld 'n lening.[116] Dit is dus duidelik dat fidusiêre eiendomsoordrag oor 'n veel wyer gebied aanwending kan vind.

As die skuldenaar by eiendomsoordrag tot sekerheidstelling sy verpligtinge nie nakom nie en die sekerheidsnemer die goed verkoop, moet hy die bedrag wat meer is as sy vordering aan die skuldenaar oorbetaal. Die verkoper wat 'n saak onder eiendomsvoorbehoud verkoop het, kan daarenteen na goeddunke met die saak handel as die koper sy verpligtinge nie nakom nie. Hy hoef nie die gedeelte van die opbrengs van die saak wat meer as sy vordering is aan die koper te besorg nie. Trouens, hy sou die saak ook kon hou sonder om dit hoegenaamd te verkoop.[117] Die skuldenaar by eiendomsoordrag tot sekerheidstelling verkeer hier dus in 'n gunstiger posisie as die koper onder eiendomsvoorbehoud. Hieruit is verder duidelik dat die verkoper onder eiendomsvoorbehoud werklik eienaar van die goed bly. Die sekerheidseienaar daarenteen is juridies wel eienaar maar 'n mens kry die indruk dat hy tog geen "egte" eienaar is nie.[118]

Die verkoper onder eiendomsvoorbehoud verkeer ook in 'n ander opsig in 'n sterker posisie: deurdat hy eienaar van die saak was toe hy dit verkoop het, hoef die saak nie aan hom oorgedra te word nie. Hy loop met ander woorde nie die gevaar soos die sekerheidseienaar dat die persoon wat die saak tot sekerheidstelling aan hom oorgedra het nie die eienaar daarvan is of nie die bevoegdheid gehad het om die eiendomsreg daarvan oor te dra nie.[119]

## GEVOLGTREKKING EN SLOTBESKOUING

Die vraag wat nou beantwoord moet word, is of ons die behoefte wat in ons praktyk aan 'n besitslose saaklike sekerheidsreg bestaan, ook moet oplos deur soos die Duitse en Nederlandse reg van eiendomsreg gebruik te maak. Soos hierbo aangedui, is die aanwending van eiendomsreg om saaklike sekerheid te verskaf nie aan ons reg onbekend nie, maar nogtans lyk hierdie oplossing nie na die aangewese een nie.[120] Ons reg het immers 'n regsfiguur wat daarvoor bestem is om saaklike sekerheid te verskaf, naamlik pandreg. Ons het hierbo gesien dat eiendomsoordrag tot sekerheidstelling ontstaan het om 'n gebrekkige pandreg-

115 Sien Brahn 41.
116 Brahn 42; Fesevur 133–134.
117 Fesevur 133.
118 Brahn 41 42–43.
119 Fesevur 133.
120 Anders Van der Merwe 486 e v wat skynbaar goedkeur dat oordrag van eiendomsreg ter versekering van 'n skuld plaasvind.

reëling aan te vul. In die praktyk is dit egter in 'n groot mate soos besitlose pandreg behandel. Vergelyk byvoorbeeld die posisie by insolvensie van die partye. Trouens, daar is Nederlandse skrywers soos Pitlo[121] wat meen dat 'n mens by fidusiêre eiendomsoordrag nie met werklike "eiendomsoordrag" te doen het nie. Volgens hom bly die skuldenaar die werklike eienaar, sy eiendom word net met 'n beperkte saaklike reg beswaar.

Sekerheidseiendom word egter nie in alle opsigte soos pandreg behandel nie: Waar die pandregreëls nie die eise van die praktyk bevredig nie word daarvan afgewyk. Vergelyk byvoorbeeld die posisie in die Duitse reg waar die sekerheidsnemer die saak vervreem as die sekerheidsgewer sy verpligtinge nie nakom nie. Net so kan ons huidige pandregreëling betreklik maklik deur wetgewing aangepas word om aan die praktyk se behoeftes te voldoen.

'n Mens moet verder onthou dat eiendomsoordrag tot sekerheidstelling uit nood gebore is. So wys Fesevur daarop dat "deze vorm van zekerheid in het maatschappelijk leven een noodzaak is."[122] Hy meen verder dat die argumente van die Hoge Raad in die twee beslissings waarin hierdie hof fidusiêre eiendomsoordrag erken het nie allesins oortuigend is nie, maar dat die hof die regsfiguur eenvoudig weens die "maatschappelijke behoefte" daaraan erken het.[123] Daar is selfs Nederlandse skrywers[124] wat aanvoer dat die Hoge Raad inderdaad bevind het dat sekerheidseiendom op ongeoorloofde wetsontduiking neerkom maar dat die hof dit nie as sodanig beskou het nie omdat die maatskappy 'n behoefte aan die regsfiguur gehad het.[125] By eiendomsoordrag tot sekerheidstelling moes die howe met ander woorde beslis oor 'n regsfiguur wat spontaan ontwikkel het en wat oor die algemeen ook heel goed in die praktyk gefunksioneer het. Die posisie is heeltemal anders as 'n regstelsel oorweeg om 'n gebrekkige regsposisie van nuuts af te reël. As 'n regstelsel dus oorweeg om 'n nuwe besitslose saaklike sekerheidsreg in te stel, behoort hy eerder die gebreke uit die weg te ruim wat aan sy bestaande saaklike sekerheidsreg kleef, dit wil sê pandreg, as om 'n ander regsfiguur wat nie in die eerste plek 'n sekerheidsreg is nie daarvoor aan te pas. Per slot van sake is pandreg tog die regsfiguur waarmee saaklike sekerheid verkry behoort te word. In elk geval lyk dit nie of aanwending van eiendomsreg in hierdie omstandighede groter voordeel as pandreg inhou nie. Aanwending van eiendomsreg is net voordelig as pandreg nie toegelaat word nie.

Die volgende vraag is dan of 'n mens eenvoudig 'n besitslose pandreg moet erken. Soos reeds gesê, word hierdie regsfiguur in ons gemene reg verbied omdat dit 'n valse skyn van kredietwaardigheid skep waardeur derdes mislei kan word. 'n Mens kan jouself egter die vraag afvra of hierdie opvatting nog geld in die lig daarvan dat eiendomsvoorbehoud[126] erken word en vryelik toegepas

121 436–437.
122 84; sien ook Pitlo 431–432.
123 86.
124 Bv Pitlo 434; sien ook Fesevur 86.
125 Sien ook Fesevur 86.
126 en in die Duitse en Nederlandse reg natuurlik ook eiendomsoordrag tot sekerheidstelling.

word en dat daaraan ook geen publisiteit verleen word nie. Nogtans voel ek dat op een of ander wyse aan 'n besitslose saaklike sekerheidsreg publisiteit verleen moet word. Dit moet veral gedoen word in die belang van derdes. Ons reg erken naamlik nie *bona fide* eiendomsverkryging deur derdes nie en 'n derde sal dus in 'n onmoontlike posisie geplaas word as hy nie kan vasstel wat die regsposisie met betrekking tot 'n saak is wat 'n ander persoon in sy onmiddellike beheer het nie.

In die Duitse reg word geen publisiteit[127] aan die bestaan van besitslose saaklike sekerheidsregte verleen nie maar in dié opsig staan hierdie regstelsel feitlik alleen in die wêreld. In die meeste ander regstelsels word vir die ontstaan van 'n besitslose sekerheidsreg, of dan ten minste vir die gelding daarvan teenoor derdes, vereis dat dit in 'n openbare register aangeteken word.[128] Die enigste ander lande waar geen publisiteit aan die bestaan van die besitslose sekerheidsregte verleen word nie is Oostenryk (net ten opsigte van eiendomsvoorbehoud)[129] en Nederland.[130] In die nuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek word egter ook nie meer vir eiendomsoordrag tot sekerheidstelling voorsiening gemaak nie maar slegs vir 'n besitslose pandreg.[131] Hierdie reg word gevestig deur dit in 'n onderhandse akte op te neem. Dit beteken wel dat bedrog deur terugdatering uitgeskakel word maar die moontlikheid bestaan steeds dat 'n valse skyn van kredietwaardigheid geskep kan word. Die voorstel dat publisiteit deur 'n registerpand verkry word, is nie in die NBW opgeneem nie.[132]

Dit is nie moontlik om binne die omvang van hierdie artikel die verskillende wyses waarop publisiteit verkry kan word in besonderhede te bespreek nie en gevolglik sal net op 'n paar moontlikhede in die verband gewys word.

Eerstens is daar die registerpand. Hier kom die pandreg tot stand sodra dit in 'n openbare register aangeteken word. Die registerpandstelsel word nie in die Duitse reg toegepas nie en alle pogings om dit ingestel te kry, was tot dusver onsuksesvol.[133] Afgesien van formele en tegniese probleme van so 'n stelsel sal dit ook duurder en tydrowender wees as eiendomsoordrag tot sekerheidstelling.[134] 'n Mens kan daarom die onwilligheid om dit in te stel, verstaan, te meer omdat ons in die Duitse reg met 'n gevestigde sekerheidstelsel te doen het wat in die praktyk oor die algemeen goed funksioneer. Voornemende kredietverleners besef naamlik dat sekere goed gewoonlik tot sekerheid dien en daarom stel hulle in elk geval deeglik ondersoek in voordat hulle krediet verleen.[135] Hierbo

127 Sien hieronder oor die posisie i v m motors.

128 Drobnig 56–57; Adams 178; Asser–Van Oven 133.

129 In Oostenryk word instelling van 'n registerpandreg oorweeg – Drobnig 57.

130 Adams 178; Drobnig 57.

131 Die ontwerpers van die NBW was van mening dat die instelling van 'n besitslose pandreg fidusiêre eiendomsoordrag oorbodig maak maar daar is skrywers wat nie met hierdie verbod saamstem nie – Fesevur 87; sien ook Asser–Van Oven 132.

132 Fesevur 87.

133 Weber 1976 *NJW* 1603; Drobnig 57–58; Melsheimer 19 e v.

134 Weber 1976 *NJW* 1603.

135 Drobnig 59; Weber 1976 *NJW* 1607.

is so pas daarop gewys dat ook die NBW in Nederland nie die registerpand wou aanvaar nie.

'n Mens kan jou voorstel dat die motor een van die sake sal wees wat die meeste in Suid-Afrika aangewend sal word om sekerheid te stel as 'n besitslose pandreg erken sou word. Nou is dit interessant dat die Duitse reg in die geval van motors 'n stelsel van publisiteit het en wel deur middel van 'n dokument, die sogenaamde "Kraftfahrzeugbrief."

Hierdie dokument is nie 'n titeldokument in die ware sin van die woord nie.[136] Eiendomsreg van die motor kan dus nie oorgedra word deur blote oordrag van die dokument nie. Die groot waarde wat hierdie dokument het ter beskerming van die skuldeiser wie se vordering deur die motor verseker word, lê daarin dat die verkeerswet[137] bepaal dat die dokument elke keer voorgelê moet word as die verkeersowerhede hulle met die motor bemoei. In die besonder is dit die geval as die motor van eienaar verwissel.[138] Om hierdie rede is besit van die dokument van die grootste belang.[139]

Word 'n motor nou onder eiendomsvoorbehoud verkoop of tot sekerheidstelling oorgedra, moet die krediteur toesien dat die dokument aan hom besorg word en moet hy dit dan in bewaring hou totdat die voertuig volledig betaal is.

Die beskerming wat die "Kraftfahrzeugbrief" aan 'n krediteur verskaf, hang saam met die leerstuk van *bona fide* eiendomsverkryging wat in die Duitse reg geld. Volgens hierdie leerstuk verkry 'n derde eiendomsreg van 'n saak wat aan hom oorgedra word al is die oordraer nie eienaar van die saak of bevoeg om dit oor te dra nie mits die derde ter goeder trou is. Hy is nie ter goeder trou as hy geweet het dat die oordraer nie die nodige bevoegdheid het nie of as hy dit behoort te geweet het, met ander woorde as sy onkunde aan sy eie nalatigheid toe te skryf is. Deurdat die dokument nou by die verwisseling van die eienaars van 'n motor aan die verkeersowerhede voorgelê moet word, word dit van wesenlike belang by die vraag of eiendomsverkryging van 'n motor deur 'n derde te goeder trou was al dan nie.[140] Die Bundesgerichtshof het beslis dat daar nie uit die besit van "Kraftfahrzeugbrief" afgelei kan word dat die besitter ook bevoeg is om oor die motor te beskik nie,[141] maar as 'n persoon 'n gebruikte motor[142] by iemand koop, maak sodanige koper hom in die reël aan nalatigheid skuldig as hy die "Kraftfahrzeugbrief" nie aan hom laat toon nie.[143] Was die

136 Ohl 1957 *Der Betriebs-Berater* 912; Serick bd I 101; Schütz–Trost 588–589.

137 par 25(4) (2) van die Strassenverkehrs–Zulassungs–Ordnung.

138 Sien ook Serick bd I 101; Schütz–Trost 588.

139 Schaarschmidt 544; Die eienaar van 'n motor moet hierdie dokument baie sorgvuldig bewaar. Dit moet veral nooit in die motor gehou word nie sodat dit nie in die hande van 'n dief val as die motor gesteel word nie.

140 10 BGHZ 242 246; Serick bd I 102; Soergel–Siebert 271.

141 10 BGHZ 122 125; Schaarschmidt 544.

142 By 'n nuwe motor is die posisie anders omdat dit nie ongewoon is dat die brief nog nie uitgereik is as die motor van die handelaar gekoop word nie – sien Schaarschmidt 545; Serick bd I 103 104; Schütz–Trost 588.

143 30 BGHZ 374 380; Serick bd I 102.

oordraer dus in so 'n geval nie bevoeg om oor die motor te beskik nie gaan die koper nie eiendom van die motor kan verkry nie omdat hy nie *bona fide* is nie. Dieselfde geld as die brief wel voorgelê word maar 'n ander naam as die van die oordraer daarin verskyn.[144] Sodoende vervul hierdie dokument teenoor die derde 'n publisiteitsfunksie en beskerm terselfdertyd die belange van die krediteur.

In die derde plek kan publisiteit verkry word deur 'n merk op die beswaarde sake aan te bring.[145] Laastens bestaan daar ook die moontlikheid van 'n interne publisiteitstelsel, byvoorbeeld 'n sekerheidsboek wat deur die skuldenaar gehou moet word.[146]

Uit bostaande is duidelik dat publisiteit langs verskillende weë verkry kan word en dat dit ook nie vir alle sake dieselfde hoef te wees nie.

Afgesien daarvan dat publisiteit die ware vermoënsposisie van 'n skuldenaar aan derdes bekend maak, meen die voorstanders daarvan dat publisiteit aan die bestaan van saaklike sekerheidsregte verleen moet word ook dat dit tot gevolg het dat die skuldenaar meer terughoudend sal wees by die uitneem van sekerheid omdat hy eerder geneig sal wees om 'n saak in sekerheid te gee as die transaksie geheim bly as wanneer dit openbaar gemaak word. Hiervolgens sou publisiteit nie alleen tot 'n vermindering van sekerheidsregte lei nie maar ook botsings tussen verskillende sekerheidsregte vermy.[147]

Met 'n besitslose pandreg wat behoorlik gereël word, kan presies dieselfde ekonomiese resultaat bereik word as met eiendomsoordrag tot sekerheidstelling. Dit beteken dat die Suid-Afrikaanse reg nog altyd met groot vrug gebruik kan maak van die ervaring van die Duitse en Nederlandse reg. Hier dink 'n mens veral aan maatreëls wat bestaan ter beskerming van ander krediteure van die sekerheidsgewer en derdes wat met hom onderhandel.[148]

144 Serick bd I 102; Palandt 1047.
145 Weber 1976 *NJW* 1607; Lent–Schwab 136.
146 Drobnig 63.
147 Drobnig 58; Adams 177.
148 Sien in die verband Westermann 213–215; Soergel–Siebert 262–263; Schütz–Trost 567 e v; Palandt 118 434; Fesevur 95 e v; Pitlo 439 e v.

*Das zivilrechtliche Thema (der Sicherungsrechte) ist keine Nova am Juristenhimmel, sondern einer jener in schöner Regelmässigkeit immer wieder auftauchenden Sterne, die es bereits zu einer eigenen Geschichte gebracht haben.*
*Ulrich Drobnig* 51 Deutschen Juristentag *F 11*

# The KwaZulu act on the code of Zulu Law, 1981

JC Bekker
*BA LLB LLD*
*Director of the Institute for Public Service Training, Zululand*

JJJ Coertze
*Dip Legum*
*Head of the Department of Law of the Institute for Public Service Training, Zululand*

**OPSOMMING**

**Die Nuwe Wetboek van Zoeloereg**

Die Wetgewende Vergadering van KwaZulu het gedurende 1981 'n nuwe Wetboek van Zoeloereg aanvaar. Die wet volg die patroon van die oue maar dit bevat ook ingrypende veranderinge. Hierdie artikel is 'n kort oorsig van die nuwe wet met kommentaar op die belangrikste nuwe bepalings. Dit behels onder andere die verhoging van die status van swart vroue en die uitbreiding van hulle eiendoms- erfenis- en opvolgingsregte.

Daar is, vir die eerste keer in die geskiedenis, 'n amptelike Zoeloe-teks van die wet. Die artikel word afgesluit met 'n bondige verduideliking van sommige van die Zoeloe-woorde en -uitdrukkings.

## INTRODUCTION

In 1978 the legislative assembly of KwaZulu appointed a commission of enquiry into the legal disabilities of women. The cabinet first considered a bill embodying the amendments proposed by the commission. However, it was subsequently decided to review the entire Code, with the exception of chapter 2, which deals with the supreme chief and the supreme chief's orders. It culminated in the KwaZulu Act on the Code of Zulu Law.[1] In a way it is a re-enactment of the existing Code, but it has brought about such profound changes that it would be wrong to regard it as a mere re-enactment or consolidation. Some of the changes strike at the roots of the Zulu legal system. The long title gives one an inkling of what it is all about. It is an Act "to amend the Code of Zulu law; in order to raise the status of Black women; to expand the property, inheritance and succession rights of Black women; to extend guardianship to Black women; and to provide for matters incidental thereto." But one must bear in mind that it is also a re-enactment of the old Code, with the exception of chapter 2.

The Code, like its predecessors, does not claim to be comprehensive. In cases not covered by the Code, unwritten customary law applies and there is

1 No 6 of 1981.

provision for the courts to call in assessors, in the event of a dispute or lack of clarity to establish what the customary law is on a particular point in issue between the parties involved in the dispute.[2]

The KwaZulu legislative assembly derives its powers to pass this Act on the Code of Zulu Law from section 30, read with Schedule I, of the National States Constitution Act.[3]

The power to amend the Code was vested in the South African cabinet in 1927. Now in KwaZulu it is once again an Act, which might tend to make it rigid. As one of the objections to a Code is its rigidity, we favour executive amendment, although we are aware of the possibility of executive abuse of power.[4]

Below we give readers a bird's eye view of amendments brought about by the new Code.

## DEFINITIONS AND EXPLANATORY PROVISIONS

"Black" is concisely defined as meaning "a person who is, or is generally accepted as, a member of any aboriginal race or tribe of Africa."[5] There was no definition of "Black" in the old Code, although it was applicable only to Blacks.[6] This is a drafting improvement, but it must be borne in mind that the definition is far narrower than the present one of "Black" in the Black Administration Act.[7] In the latter quite a variety of "non-Blacks" could be "Blacks" for legal purposes, but in the new definition the only possible exception is a non-Black person who is generally accepted as a Black. Unintentionally perhaps, the definition of "Black" in the Black Administration Act has not been repealed by the new Code, with the result that the wider category of "Blacks" is still applicable to the Code, despite its own narrower definition.

"Citizen" is defined to mean a person who is a citizen of KwaZulu in terms of the National States Citizenship Act.[8] Any reference to a citizen must, of course, be interpreted in the light of this definition. The KwaZulu Legislative Assembly has legislative powers in respect of all Black persons within their area of jurisdiction, ie within KwaZulu. The provisions about estates, wills, succession, civil and customary marriages are, however, applicable only to citizens of KwaZulu. This is so because, in terms of the enabling provisions, KwaZulu may legislate on these topics only in respect of citizens.[9] It is submitted that the new Code is not applicable outside KwaZulu.[10]

"Customary union" has been replaced by "customary marriage." This

2 s 109(3) of the Code and s 19 of Act 38 of 1927.
3 21 of 1971.
4 Before 1927 the Code was open to change only by legislative amendment.
5 s 1 of the Code.
6 s 24 of the Black Administration Act 38 of 1927.
7 s 35 of Act 38 of 1927.
8 26 of 1970.
9 s 30 and items 23 and 26 of Schedule 1 to Act 21 of 1971.
10 *ibid.*

change was long overdue as Blacks have all along regarded a customary marriage as just as valid and binding as a civil marriage.

"House" in the old Code meant the family and property, rights and status, which commence with, attach to and arise out of the customary union of any Black woman or the marriage (meaning civil marriage) of a Black woman. In the new Code a civil marriage is excluded so that a civil marriage no longer creates a house.

"Kraal" has been replaced by "family home" and the definition has been extended to include dwellings occupied by Blacks in townships. The word "township" is not defined, but it is obviously meant to be a residential area under the administration of a town council.

"Kraal head" and "kraal" have been replaced by "family head" and "family home" respectively. The new names are more accurately descriptive and more elegant. The same remarks apply to "family property" which replaces "kraal property."

The new Code will be administered by the government of KwaZulu. Hence it was necessary to define "secretary" as meaning the Secretary of the Department of the Chief Minister and Finance.

## CHAPTER 2 – TRIBAL BOUNDARIES

The old Code made it an offence for a Black to disregard defined tribal boundaries and to move from the area of one tribe and take up his abode in that of another.[11] The offence has been extended to include disregard of "the customs of regulations regulating inter-tribal removals."[12] The addition is rather vague and could be said not to comply with the *nullum crimen* rule.

## CHAPTER 3 – CHIEFS AND HEADMEN

The new Code does not change the functions of chiefs and headmen. However, it is important to note that this chapter must now be read not only with the Black Administration Act,[13] but also with the KwaZulu Chiefs' and Headmen's Act.[14] This is one more example of proliferation of legislation. With legislation emanating from about a dozen legislative bodies, apart from local authorities, South Africa is becoming a statutory tower of Babel.

## CHAPTER 4 – PERSONAL STATUS

Section 15 provides that any person may acquire movable property and any Black may acquire immovable property. Saying that any person may acquire movable property is neither here or there, because any person may, in any case,

11 s 13(2) of Proc R195 of 1967.
12 s 3(2).
13 Act 38 of 1927.
14 Act 8 of 1974.

acquire movable property in KwaZulu. The provision about movable property is therefore meaningless except that it affirms the right of women and children to acquire and own property. However, the word Black in relation to immovable property could not be avoided, because Whites are prohibited in terms of other legislation[15] from owning property in KwaZulu. On the other hand, the South African Development Trust and Land Act does allow Blacks generally to own immovable property in KwaZulu.

Section 16 has the most far-reaching consequences. It provides that, subject to the provisions of the Age of Majority Act[16] a citizen becomes a major in law on marriage or on attaining the age of 21 years. In particular, this has the effect that the legal disability of Zulu women is wiped out. It will be recalled that section 27(2) of the old Code relegated a Black woman to perpetual minority in law with no independent powers save as regards her own person. Section 28 provided some vague relief by allowing certain unmarried females, widows and divorcees to apply for emancipation. That is something of the past. A citizen of KwaZulu, whether male or female, now becomes a major on marriage or on attaining the age of 21 years.

## CHAPTER 5 – FAMILY HEADS

In terms of section 21(1), a family head is entitled to a reasonable share of the earnings of the members of his family, and he must use the earnings primarily for the maintenance and benefit of the house providing them and for general family purposes. The provision in the previous Code was more elaborate, stating that the family head was "entitled to the earnings of his minor children and to a reasonable share of the earnings of the other members of his family and of any other kraal inmates."[17] Now it is the members of the family only, irrespective of their age, and irrespective of whether they are inmates of the family home or not, whose earnings are at stake. One might also speculate on the meaning of "family." Who, indeed, are members of a family? The smallest group one can envisage is a family consisting of a man, his wife or wives, and their unmarried children, own or adopted. Many households are, however, far more complicated than that. A variety of relatives form part of a larger family group.[18]

It is significant that only earnings are involved. The family head cannot claim a fair share of property otherwise acquired, eg property inherited or donated.

## CHAPTER 6 – GUARDIANSHIP

This chapter finally elevates women to a status comparable to that of men. A father is, however, still the legal guardian of his legitimate minor offspring. The

15 s 12 of the South African Development Trust and Land Act 18 of 1936.
16 Act 57 of 1972.
17 s 35(1).
18 See Bekker and Coertze *Seymour's Customary Law in Southern Africa* (1982) 70.

fact that the father is specificially granted guardianship would exclude the mother as co-guardian. This still makes the position of the black woman in a customary marriage somewhat different from that of a black woman who is a partner in a civil marriage, because the latter is co-guardian, although the father has the final say.

However, a mother is now the legal guardian of her minor illegitimate child, except if the mother is a minor, in which event the mother's guardian is also the child's guardian until the mother attains majority. This is subject to section 71(2) (b) of the Children's Act[19] because the mother of an illegitimate child may consent to the adoption of the child, even if the mother is a minor.

As may be expected, a married woman's guardian is her husband, but this guardianship may be excluded by antenuptial contract, except in the case of a customary marriage or a marriage in community of property.

A widow is the guardian of all her minor children and in an action for divorce (which includes the dissolution of a customary marriage) the court may vest the mother with the sole guardianship of the minor children of the marriage.

The seal is placed on the emancipation of women by providing that an unmarried major mother, a widow or a divorcee, whether she has established her own family home or not, is not under the guardianship of any person. This is followed by a rather quaint proviso that any such woman may elect to be under guardianship of her natural guardian, in which event the election must be registered by the commissioner or magistrate of the district in which she resides and the woman concerned is deemed to be a minor from the date of registration. We say that the provision is quaint because status is usually acquired and changed by operation of law or by an order of court. This is necessary because certainty of staus is required, *inter alia,* for the sake of third parties, eg creditors. Other persons could become confused if women are at liberty to change their status by simply deciding to do so. From now on a woman in KwaZulu may change her legal status merely by asking for it to be changed and the would-be guardian does not even have a say in the matter. The term "natural guardian" is furthermore not defined. We assume that in the majority of cases the courts will interpret this as meaning the customary law guardian, but anomalies may arise. Who, for example, is the natural guardian of a widow who was married by civil rites where the husband's marital power was excluded by antenuptial contract? By entering into a marriage by civil rites the woman abandoned customary law and could be assumed to have accepted that the law of the land would thenceforth govern the legal consequences of her marriage. She would then have no "natural guardian" to turn to.

If the selection is irreversible, a serious conflict may arise when the natural guardian dies. The woman will come under the guardianship of his heir, which might be against her wishes. Clear provision should have been made for a rescission of the election. Provision is, admittedly, made in section 32(1) for a family

19 33 of 1960.

head or guardian to be suspended, but that can only be done if he has acted foolishly or prodigally in respect of the person or property concerned. The magistrate or commissioner may then place the person concerned under the guardianship of another person. This does not seem to leave the woman (or other ward) much of a choice. Elsewhere in the Code women are completely emancipated, but here, on the face of it, they are once more regarded as mere children.

## CHAPTER 7 – CIVIL AND CUSTOMARY MARRIAGES AND COGNATE UNIONS

Section 39(1) is a new provision. It lays down that if a citizen of KwaZulu contracts a civil marriage the legal consequences of a marriage out of community of property attach to the marriage. If the parties want their marriage to be in community they must make a declaration to that effect within a month before the celebration of the marriage. In terms of the regulations promulgated in terms of the Black Administration Act[20] the first type of marriage, viz the one out of community, results in the intestate estate devolving by Black laws and customs. However, in the case of a marriage of citizens in KwaZulu, the estate devolves according to the law relating to intestate succession as applied in the Republic of South Africa. This improves the woman's position, because under the customary law which is applicable in terms of the principal Act she could generally not be her husband's intestate heir, but now she would succeed to a child's share or R50 000, whichever is the greater, excluding house property which devolves under Zulu law unless there is no male heir.[21] Although the new Code does not say so, the intestate estate of a citizen married by civil rights in community of property will still devolve as if the parties were Europeans, by virtue of the regulations promulgated in terms of the Black Administration Act which have not been repealed.

Section 39(2) is entirely new. It prohibits a partner to a polygamous customary marriage from entering into a civil marriage. This should ameliorate some of the hardships imposed upon Blacks by so-called Christian marriages. Blacks who were converted to Christianity were expected to enter into Christian marriages, which meant that a man who had more than one wife had to choose one for the Christian marriage thereby dissolving all the other marriages. It meant that he would have had to abandon the others or to have lived with them in adultery, which in turn was a ground for divorce. Now the KwaZulu legislative assembly has taken the matter out of the hands of the missionaries. Once a man has contracted a customary marriage with more than one wife he may not enter into a civil marriage. Partners in a monogamous customary marriage may, on the other hand, marry each other by civil rites.

Neither a man nor a woman who has attained majority needs the consent

20 GN R34 of 1966.
21 s 83(3).

of the father or guardian to enter into a customary marriage.[22] This should not be construed as prejudicing the right of any person entitled to the *lobolo* payable for a major female by her intended husband.[23] This would make the *lobolo* contract between the husband and his father-in-law extraneous to the marriage contract. It is possible now to enter into two distinct agreements at different times. Traditionally the *lobolo* transaction was an integral part of the customary marriage and the father of the bride could refuse consent until adequate arrangements about *lobolo* were made. Now he cannot stop the marriage, but he can insist on *lobolo* at the time of the marriage, because, in terms of section 62(1), it is payable on the day of the celebration of the marriage unless there is an agreement to the contrary.

The old Code did not provide for the appointment of official witnesses in areas which do not fall within the area of a chief or headman. This shortcoming has been rectified, since commissioners or magistrates in charge of those areas can now make the appointments.[24]

Section 49(6) contains a useful provision that failure to register does not invalidate a customary marriage. In the event of a dispute about an unregistered marrige proof of the essentials will be accepted as proof of the existence of the customary marriage.

The new Code, like the old one, lists a series of six grounds for an action for divorce in respect of a customary marriage. It is a pity that the legislature did not see its way open to simplify the matter by making irreparable breakdown of the marriage, insanity and lengthy imprisonment the only grounds.

## CHAPTER 8 – LOBOLO

The important innovation here is that the mother of an illegitimate child, a widow, and a divorced woman who had been vested with the sole guardianship of the children born of her former marriage, may stipulate and receive *lobolo* for her daughter. This is yet another example of the legislature's determination to place women on a par with men, but all is not gold that glitters. *Lobolo* is not personal property, but house property and a person who receives *lobolo* is bound to protect and give asylum to the woman for whom the *lobolo* was received.

If there is a dispute about *lobolo* cattle, the value of each head shall be regarded as R100.[25] This is still ridiculously low, given the real value of cattle. However, it used to be a meagre R10.[26]

22 s 42(3).
23 s 42(2).
24 s 45(1).
25 s 64.
26 s 86 of the old Code.

## CHAPTER 9 – THE FAMILY SYSTEM

The family system has been left intact, but the legislature was apparently determined to remove the legal disabilities suffered by Zulu women at all costs, and with this end in view had made some *ad hoc* amendments to the Code. Only time will tell how the newly independent women fit into the traditional family system. We venture to say that for a long time to come they will still be in the atmosphere of a male-dominated family home even if they do not actually live under the same roof as the traditional male family head. Their emancipation will be more theoretical than real. We concede, however, that individual women living in urban areas will be better off in many cases where, for example, they will be allowed to own property in their own right. On the other hand, the family system affords protection in times of need. Women's insistence on legal independence could lead to the disintegration of the family home and loss of the security enjoyed within the extended family.

In terms of section 81(1), a major woman may now even leave her family home and establish her own separate and independent family home. This section was obviously not primarily meant to achieve that result, but it nevertheless creates the possibility, and there is no reason why some women should not make use of it.

## CHAPTER 10 – INHERITANCE AND SUCCESSION

There are four new far-reaching provisions in the 1981 Code. The first concerns marriages by civil rights out of community of property.[27] As pointed out above, the automatic consequence of a civil marriage is the exclusion of community of property. In that case the intestate estate of the first-dying devolves according to the South African law of intestate succession. The old Code was silent on this point and the Black Administration Act therefore applied; according to GN R34 of 1966, proclaimed under that Act, a similar estate devolves according to customary law. The latter causes hardship in the case of women who helped to build up joint property just to find it all pass into the hands of a customary heir who, under present social conditions, might be far removed from and unconcerned about the woman, even if she were his mother. Under the new Code the South African law of intestate succession applies. Seen from the point of view of a surviving wife: she will receive R50 000 or a child's share of her husband's estate, whichever is the bigger.[28] House property will, however, not form part of the husband's estate.

Secondly, if a family head who was a partner to a customary marriage dies intestate, the rules of primogeniture still apply to family, house and personal property, but a commissioner or magistrate may hold an administrative enquiry and order that the part of the estate consisting of family and personal property shall devolve according to the law relating to intestate succession applicable to

27 s 83(3).
28 s 1 of the Succession Act 13 of 1934.

marriages out of community of property. The deceased's widow may ask for an administrative enquiry and if the commissioner or magistrate is satisfied that it would be an injustice to the widow and would deprive her of the fruits of her labours if the assets were to be inherited by the heir and would place the widow at the mercy of the heir, he may order that the estate shall devolve according to the law relating to intestate succession applicable to marriage out of community of property in South Africa. Here again, the customary heir will not only share with his mother, but also with his brothers and sisters.[29] A child may similarly ask for an order that the estate should devolve according to the law relating to intestate succession.[30]

The third change relates to the situation where property must devolve according to Zulu law, but cannot because there is no male heir. Under the old Code such property reverted *(sic)* to the Supreme Chief (the State President) who could appoint a guardian to look after the women of the family home.[31] The Code did not say so, but in practice the Supreme Chief appointed someone to administer the estate for the maintenance and benefit of the deceased's family.[32] Under the present Code the property will devolve according to the law relating to intestate succession applicable to marriages out of community of property and as applied in South Africa.[33]

The fourth important innovation is that where a spinster, widow or divorcee (who has not contracted a subsequent customary or civil marriage) dies intestate or partly intestate, so much of the property in her estate as has not been disposed of by will, is divided equally among her surviving children, if any. The customary heir is thereby completely excluded, except that if he is a child he will be entitled to a child's share.[34] The property, again, would only be personal property and not house property.

## CHAPTER 11 – MEDICINE MEN, HERBALISTS AND MIDWIVES

Whereas the old Code provided for the licensing of medicine men and herbalists only[35] the new Code prescribes that midwives should also be licensed.[36] The issuing of a licence is subject to approval by the Minister of Health and Welfare of KwaZulu.[37]

There is a new provision which clearly states what the position of Black medicine men, herbalists and midwives is *vis-à-vis* other medical practitioners.[38] It provides that the provisions of the Homeopaths, Naturopaths, Osteopaths

29 s 85(6)(a).
30 s 85(6)(b).
31 s 114 of the old Code.
32 Seymour 270.
33 s 85(5).
34 s 86.
35 s 119 of the old Code.
36 s 87(1).
37 s 87(2).
38 s 87(4).

and Herbalists Act,[39] the Medical, Dental and Supplementary Health Service Professions Act[40] and the Nursing Act[41] shall not be construed as derogating from the right which a Black medicine man, herbalist or midwife may have by virtue of a licence issued to him or her. In simple language this means that Black medicine men, herbalists and midwives may practise medicine notwithstanding those Acts which regulate the medical profession.

In terms of the old Code a medicine man or herbalist could prescribe, deal in or sell only Zulu medicines.[42] Zulu medicines have been replaced by "imithi yesintu",[43] but the definition has not been changed. "Imithi yesintu" is the Zulu expression for medicine used by people, in this case obviously referring to Zulus.

## CHAPTER 12 – DELICT

Under the old Code women were perpetual minors and could consequently not sue or be sued unassisted for damages. Now some women, if they are majors at law, can sue or be sued more freely. It will also be more feasible to sue women now that they may own property.

Previously a guardian was liable for delicts committed by his ward while the latter was residing at the same kraal as himself.[44] Now he is liable for his minor ward's delicts irrespective of where the ward lives. Likewise, a father is liable for the delicts committed by his minor children irrespective of where they are. This liability is rather wide and could expose a guardian or father to all sorts of unexpected claims. The liability of a family head is wisely limited to delicts committed by a minor inmate of his family home.

## CHAPTER 13 – CIVIL PROCEDURE AND MISCELLANEOUS PROVISIONS

The provisions of this chapter have been taken almost *verbatim* from the old Code, but there is one addition which reads as follows:

> "Traditional dwellings, commonly called huts, and constructed of thatch or wattle and daub, or are by their nature not permanent structures or are constructed in such a way that they can readily be dismantled and removed for re-erection elsewhere, are deemed to be movable property."[45]

This seems to create a supposition that traditional dwellings are movable, but some could, by their nature, be permanent structures. In disputed cases a court would therefore still have to decide whether a particular traditional dwelling is movable or not.

39 Act 52 of 1974.
40 Act 56 of 1974
41 Act 50 of 1978.
42 s 125(2).
43 s 92(2).
44 s 141(1).
45 s 119.

While section 109(1) provides that the jurisdiction and procedure of courts administering Zulu law are as prescribed in the principal Act, jurisdiction is conferred on magistrates in terms of section 54 of the Code to adjudicate in divorce proceedings. This is in conflict with section 17(4) of the Black Administration Act. Section 17(4) provides that where a commissioner's court has been established, any magistrate's court in that area ceases to have jurisdiction in that area in civil cases between Blacks. Furthermore, the definition of a "Black" in the Code is far narrower than its counterpart in the Act. A commissioner's jurisdiction in respect of a person is therefore far wider under the Act than it purports to be under the Code. The conflict is irreconcilable and should be rectified by appropriate legislation. It is submitted that in the meantime magistrates do not have jurisdiction to try claims for the dissolution of customary marriages, because section 17(4) of the Act still stands and has in fact been re-affirmed by section 109(1) of the Code. Commissioners will, moreover, have jurisdiction over the broader category of "Blacks" as defined in the Act.[46]

## CHAPTER 14 – OFFENCES AND GENERAL PENALTY

There is only one provision in this chapter on which we would like to comment.

Adultery was an offence in terms of section 162(1)(d) of the repealed Code. This provision is not re-enacted in the 1981 Code, but in terms of section 120(1)(g) any person who entices any female from the control or custody of her husband, father or guardian, or has or attempts to have illicit intercourse with her, commits an offence. Adultery would also constitute illicit intercourse in the sense that illicit is irregular or not sanctioned by law, rule or custom.

## NEW ZULU WORDS AND PHRASES*

There is a Zulu version of the Code of 1967. It was not a third text, because Zulu was not one of the official languages.

Now that Zulu is an additional official language in KwaZulu[47] the new Code had to be translated into Zulu as well. This has necessitated the introduction of some new words and phrases. The more significant ones are briefly discussed below.

*"Ikhabinethi"* has been literally translated from the word "cabinet" as there is no equivalent in the Zulu language. The translation is given in some dictionaries as "isigungu sika Hulumeni," "umkhandlu wakwaHulumeni."[48] The two expressions are not synonymous and mean a council of the government or a convocation which need not necessarily be the cabinet.

*"Isakhamuzi"* is derived from "-sakhamuzi" meaning citizen and includes both male and female. Neither Doke and Vilakazi[49] (1948) nor Doke,

46 s 35 read with s 10 of Act 38 of 1927.

47 Proc R12 of 1977.

48 Doke Malcolm and Sikakana *English–Zulu Dictionary* (1958) 58.

49 Doke and Vilakazi *Zulu–English Dictionary* (1948).

Malcolm and Sikakana[50] (1958) include this word. The word citizen is translated by these authors as "isakhamuzi esinamalungelo" meaning a citizen possessing rights. If this expression were used, it would probably create problems if a non-citizen is involved in some dispute, as he also has certain rights in a state, such as the right to protection of his person and property.

*"Umshado wesilungu"* means a civil marriage. "Umshado" is derived from "shada" meaning to marry.[51] The marriage is referred to as "umshado wesilungu" because it is an institution acquired from European customary law.

*"Umshado wesiko"* for "customary marriage" replaces the expression "umgcagco wesiko lesintu." The word "wesiko" is derived from "-siko" meaning custom and the stem "-shadu" means marry.

*"Inhloko yomuzi"* (family head): "inhloko" is derived from "-nhloko" meaning head, at the top.[52] "Yomuzi" is derived from "-muzi" meaning home.[53]

*"Ikhaya lomndeni"* (family home): "lomndeni" is derived from "umndeni" meaning family.[54] "Ikhaya" replaces the word "umuzi" and the corresponding word "kraal" is replaced by "home." "Umdeni" connotes not only actual members of the family head, but includes all his near relatives.

*"Impahla yomuzi"* does not appear to be a correct translation of the words "family property." The writer is of the opinion that the translation should be "impahla yomndeni" meaning property of the family home. The words are not treated in either of the two dictionaries.

*"Izinyanga zemithi"* replaces the expression "izinyanga zamakhambi" and means herbalists. These words are not included in the dictionaries.

*"Umbelethisi"* is derived from the word "belethisi" meaning midwife.[55]

*"Ummeli-womshado"* (official witness) replaces the expression "ummeli wemithimba." The word "ummeli" is derived from the word "-meli" meaning mediator.[56]

*"Umphathi"* (guardian) is derived from the word "-phathi", meaning control. This word replaces the word "umondli", meaning one who maintains. The word "ubuphathi" is likewise derived from "-phathi" and means guardianship.

*Mr J Buthelezi contributed this part of the article.

50 *supra.*
51 Doke and Vilakazi 51.
52 Doke, Malcolm and Sikakana 214.
53 *ibid* 222.
54 *ibid* 165.
55 Doke and Vilakazi 73.
56 *ibid* 74.

# Prescription of contractual debts

FR Kaganas
*BA LLB*
*Lecturer in Law at the University of the Witwatersrand*

**OPSOMMING**

**Die Verjaring van Kontraktuele Skulde**

Die verjaringstermyn in die geval van 'n eis om skadevergoeding op grond van kontrakbreuk begin loop wanneer die kontraktuele verpligting oënskynlik volbring is. Dit is so selfs in gevalle waar die krediteur 'n gebrek in die gelewerde prestasie agterkom eers nadat die verjaringstermyn verstryk het. Hierdie vertolking van die Verjaringswet 68 van 1969 kan klaarblyklik tot onbillike gevolge aanleiding gee. Daar word egter in oorweging gegee dat die howe tog 'n kontraktuele skuldeiser wat onbewus gebly het van 'n verbreking deur die skuldenaar van sy kontraktuele verpligting, in sekere omstandighede te hulp kan kom.

Die bedoelde onbillike gevolg van die Verjaringswet kan moontlik vermy word deur toepassing van die beginsel van wederkerigheid in gevalle van byvoorbeeld dienskontrakte. 'n Mens sou kon argumenteer dat betaling van 'n kontraktuele skuld in die betrokke omstandighede nie verskuldig is voordat die wederkerige prestasie na behore nagekom is nie. Verjaring van die eis vir betaling van die kontraktuele skuld aan 'n aannemer begin daarom nie loop voordat hy behoorlike prestasie gelewer het nie. Indien die werkgewer se eis om skadevergoeding weens kontrakbreuk beskryf kan word as 'n "wederkerige skuld wat uit dieselfde ooreenkoms ontstaan," sou op artikel 13(2) van die wet staatgemaak kon word om daardie eis lewend te hou.

Indien die werkgewer reeds die kontraksprys betaal het voordat hy van die gebrek in die teenprestasie bewus geword het, kan aangevoer word dat betaling van die kontraksprys, of ten minste 'n gedeelte daarvan, *indebite* geskied het. 'n Eis om terugbetaling van die onverskuldigde gedeelte van die kontrakprys word gebaseer op die *condictio indebiti;* en aangesien die gemelde *condictio* 'n verrykingsaksie is, kan dit nie beskryf word as een wat uit ooreenkoms ontstaan nie. Artikel 12(3) van die wet behoort die werkgewer derhalwe in hierdie omstandighede ten dienste te staan.

Daar word ten slotte in oorweging gegee dat 'n werkgewer die verjaringsprobleem te bowe kan kom deur sy eis op onregmatige daad te fundeer. Dan kom artikel 12(3) van die wet te pas. Engelse gewysdes is volop waarin 'n parallelle eis gegrond op kontrakbreuk en delik toegestaan is, en 'n analise van die Suid-Afrikaanse regspraak dui op 'n ontwikkeling in dieselfde rigting. Verbreking van 'n regsplig wat uit kontrak ontstaan en wat skade tot gevolg het, kan naamlik as 'n onregmatige daad beskou word.

Die bewoording van artikel 12(3) mag moontlik hierdie strategie die nek inslaan, maar die teendeel kan soos volg beredeneer word: 'n Mens moet op die daadwerklike verhouding tussen die gedingvoerende partye let, eerder as op die bron van daardie verhouding. Die skuld wat *ex delicto* opgeëis word, ontstaan nie uit die grondliggende kontrak as sondanig nie, maar uit die verbreking van 'n regsplig, te wete die verpligting om nie op die regte van 'n persoon ten aansien van, onder meer, sy persoon, sy eiendom en (in sekere gevalle) sy vermoë inbreuk te maak nie. Die feit dat die verpligting as gevolg van 'n kontrak bestaan, sou as irrelevant beskou kon word as dit op die basis van die eiser se aksie aankom.

## 1 INTRODUCTION

Extinctive prescription has the effect of extinguishing a debt after the lapse of

a specified period, in most cases three years.[1] Prescription begins to run once the debt is due, that is, owing, payable and thus recoverable or immediately claimable.[2]

The Prescription Act makes a distinction as regards the commencement of the prescriptive period in cases of contractual and other debts. Section 12(1) provides that prescription begins to run as soon as the debt is due, provided the debtor does not wilfully conceal its existence. Section 12(3) states that

> "[a] debt which does not arise from contract shall not be deemed to be due until the creditor has knowledge of the identity of the debtor and of the facts from which the debt arises: Provided that a creditor shall be deemed to have such knowledge if he could have aquired it by exercising reasonable care."

Subsection (3) would clearly protect a creditor whose claim is a delictual one, and who is unaware of the identity of the debtor or, indeed, that a debt exists at all. However, the plaintiff whose claim arises from contract is expressly excluded from the ambit of this protection.

In cases of contractual debts, it would therefore seem that prescription begins to run from the date on which the debtor offers his apparently completed, but defective, performance as ostensible fulfilment of his obligations.[3]

A contracting party may unknowingly accept unsatisfactory performance of contractual obligations. Through no fault on his part, he may be unaware of a defect which is not visible. This flaw may not manifest itself for some time; conceivably only after three years have elapsed. Nevertheless, prescription will presumably run against the injured party despite his ignorance of the breach and, consequently, of his right to claim damages.

The potential hardship which may result from this state of affairs is evidenced in *Hawken v Olympic Pools (Pty) Ltd.*[4] In terms of a written agreement concluded in 1974, the defendant was employed to construct a tennis court. Unknown to the plaintiff, the defendant had failed to carry out its contractual obligations in a proper and workmanlike manner. After some time the surface began to crack and subside. During 1975 G, a representative of the defendant, undertook to effect the necessary repairs. He failed to do so and the plaintiff instituted action for damages in February 1978. The court held that had G's undertaking not interrupted prescription, the claim would have been extinguished. FS Steyn J considered section 12(3) and concluded that the legislature intended no postponement of the running of prescription where a contractual creditor is unaware of the breach.

A similar problem arose in *Electricity Supply Commission v Stewarts and*

1 See s 11(d) of the Prescription Act 68 of 1969.

2 s 12(1). See *Electricity Supply Commission v Stewarts and Lloyds of SA (Pty) Ltd* 1979 4 SA 905 (W) 908; *Western Bank v SJJ van Vuuren Transport (Pty) Ltd* 1980 2 SA 348 (T) 351. See further *Pohl v Prinsloo* 1980 3 SA 365 (T) 371; *HMBMP Properties (Pty) Ltd v King* 1981 1 SA 906 (N) 908.

3 See *Hawken v Olympic Pools (Pty) Ltd* 1979 3 SA 224 (T) 227.

4 *supra* and see also Tager 1979 *Annual Survey of SA Law* 112.

*Lloyds of SA (Pty) Ltd.*[5] In terms of a written agreement the defendant undertook to supply and instal high-pressure pipe work for certain boilers and turbo generators at the plaintiff's Arnot Power Station. In breach of the contract, and unknown to either party, a length of defective piping was installed in one of the units at the station. The work was ostensibly completed at the end of July 1971 when the unit went into a 12-month maintenance period. The unit operated until June 1974 when it failed, causing an explosion and resulting damage. Only then did the plaintiff become aware of the malfeasance. Summons was served on 30 June 1975. The court upheld the defence of prescription. Goldstone AJ pronounced upon the intention of the legislature in drafting section 12(3). He concluded that, in the absence of fraud by the debtor, the running of prescription in respect of conractual debts would not be suspended by reason of the creditor's ignorance of the breach or loss. Time began to run against the plaintiff irrespective of the fact that it had no knowledge of the debt until the prescriptive period had almost expired. The debt became due, the court held, immediately the plaintiff became entitled to receive the unit with the installation of effective piping.[6]

Christie[7] is of the opinion that this approach is justified as contractual creditors can reasonably be expected to be vigilant.

De Wet[8] who drafted the Prescription Act, points out that section12(3) was formulated specifically to deprive the ignorant contracting party of protection. He refers to the case of *Brink v Mostert*[9] where the court came to the aid of such a plaintiff through its interpretation of section 5(1)(c) of the 1943 Prescription Act. He considers that to protect a contractual creditor against his lack of knowledge, as was done in that case, is going too far. The creditor assists in the creation of the debt and may be expected to ensure that the duties are fulfilled.

On the facts of the *Hawken* and *Electricity Supply Commission ("Escom")* cases, it is submitted that it is unlikely that reasonable vigilance would have sufficed to alert the creditor to the breach. It would seem that a rigid interpretation of the act, as suggested by the above writers, could in certain circumstances result in great hardship and injustice.

Whether or not the legislature did in fact contemplate such inequitable consequences and whether any remedy is available in such cases require investigation. I shall endeavour to show that circumstances may arise in which the courts could assist a contractual creditor who finds himself threatened by a plea of prescription despite his lack of knowledge of his cause of action.

5 *supra* and see also Tager *loc cit.*

6 The decision was reversed on appeal, but on different grounds: *Electricity Supply Commission v Stewarts and Lloyds of SA (Pty) Ltd* 1981 3 SA 340 (A). See also *Burger v Gouws & Gouws (Pty) Ltd* 1980 4 SA 583 (W). However, contracts of sale fall outside the scope of this article.

7 *The Law of Contract in South Africa* (1981) 477.

8 *Opuscula Miscellaneae* (1979) par 86.

9 1954 4 SA 718 (C).

## 2 RECIPROCAL OBLIGATIONS

**2 1** Where reciprocal or synallagmatic contracts are concerned, in the absence of an agreement to the contrary, neither party can enforce performance until he himself has performed or tendered performance.[10] If action is instituted without the plaintiff having done so, it will be met with the *exceptio non adimpleti contractus.* Reciprocal obligations of this type are found in contracts where the duties are closely linked. If no intention to the contrary appears, the principle of reciprocity applies to contracts such as *locatio conductio operis.*[11] Generally, the contractor under such an agreement must perform his obligations before becoming entitled to payment. Remuneration is conditonal upon proper completion of the work.[12]

The judgment in the case of *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk* indicates that the employer is entitled to refuse payment in respect of any incomplete or defective performance. The contractor's duty is to render his services exactly in accordance with the agreement. The onus lies on him, in order to succeed in a claim for remuneration, to prove either that he himself has made performance, or that he is excused from performance by reason of impossibility. Alternatively he must tender performance.[13]

In cases of *locatio conductio operis,* the debt owed to the contractor would therefore not be due and recoverable unless and until he has discharged this onus.

**2 2** With this principle in mind, the following situation may be considered: An employer, A, instructs a contractor, B, to build a dwelling according to certain specifications. B apparently completes the work but delivers defective performance. B institutes action for payment for the contract price. Subsequently defects resulting from B's unsatisfactory workmanship manifest themselves. A enters a counterclaim for damages for breach of contract. Three years having elapsed since ostensible completion of the work, B, on the grounds of prescription, opposes the amendment of the pleadings to introduce the counterclaim.

Section 13(2) may in these circumstances assist the plaintiff in reconvention to avoid the problem of prescription. That subsection provides:

> "A debt which arises from a contract and which would but for the provisions of this subsection, become prescribed before a reciprocal debt which arises from the same

10 *Hauman v Nortje* 1914 AD 293 296 300; *Van Rensburg v Straughan* 1914 AD 317 323.

11 *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk* 1979 1 SA 391 (A) 418. See, regarding bilateral contracts, *Hauman v Nortje supra* 304; *Badenhorst v Prinsloo* 1967 1 SA 212 (O); *National Screenprint (Pty) Ltd v The Campbell-Scott Company (Pty) Ltd* 1979 4 SA 393 (C) 396–397; *RM van de Ghinste & Co (Pty) Ltd v Van de Ghinste* 1980 1 SA 250 (C) 253; *Prins v Universiteit van Pretoria* 1980 2 SA 171 (T) 174.

12 See *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk supra* 419. See also Voet *Commentarius ad Pandectas* 19 2 40.

13 See *Hauman v Nortje supra* 306; *Wegerle v Pretoria Machinery Sales* 1946 TPD 319 323-324; *Badenhorst v Prinsloo supra* 214; *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk supra* 419; *RM van de Ghinste & Co (Pty) Ltd v Van de Ghinste supra* 253.

> contract becomes prescribed, shall not become prescribed before the reciprocal debt becomes prescribed."

Relying on this provision and on the principle of reciprocity, A could argue as follows: B delivered defective performance and payment of the contract price is consequently not yet due. Prescription on the main claim for payment of the contract price has therefore not even begun to run. Since that claim has not prescribed, the counterclaim has, by virtue of section 13(2), also not been extinguished. Even if the contractor is entitled to payment of a reduced contract price, that debt does not become due until the court has exercised its discretion to relax the principle of reciprocity (see below par 2 3).

The feasibility of this argument will, in the final analysis, depend on whether A's counterclaim for damages can be said to be a "reciprocal debt which arises from the same contract." In *Ese Financial Services (Pty) Ltd v Cramer*[14] Corbett J concluded:

> "For reciprocity to exist there must be such a relationship between the obligation to be performed by the one party and that due by the other party as to indicate that one was undertaken in exchange for the performance of the other and, in cases where the obligations are not consecutive, *vice versa.*"

It would seem that B's obligation to pay the contract price and A's obligation to build the dwelling in accordance with the prescribed specifications are clearly reciprocal. A claim for specific performance would qualify as a "reciprocal debt which arises from the same contract." Whether the same could be said of a claim for damages is not clear. It is true that the contractor does not undertake to pay damages should his performance be defective. Furthermore, it cannot be said that the obligation to remunerate him for his work and the obligation to compensate the employer for his loss are "so closely linked as to be mutually dependent."[15] However, it seems strange that, while the right to specific performance is kept alive, the alternative remedy for damages might be extinguished. In view of the fact that these are alternative actions available in cases of breach, it might be argued that both should qualify as reciprocal debts arising from the same contract.

**2 3** It remains to consider the position of an employer who has paid the contract price, discovering the defect only after the expiry of three years. It is submitted that where performance is defective and the contractor has not proven himself entitled to remuneration, any such payment would have been made *indebite.* The full amount should be recoverable under the *conditio indebiti.* A *datio* of money would have been made in circumstances were there was no legal or natural obligation to pay. The contractor's estate would have been increased unjustifiably at the expense of the employer. The enrichment would have taken place by reason of the latter's mistaken belief that proper performance had been rendered and, consequently, that a debt existed.

14 1973 2 SA 805 (C) 809. See also *Rich v Lagerwey* 1974 4 SA 748 (A) 761.
15 *RM van de Ghinste & Co (Pty) Ltd v Van de Ghinste supra* 253.

The employer's claim may, however, be limited. This stems from the fact that the strict application of the principle of reciprocity is relaxed in certain circumstances.

This was recognized in *Hauman v Nortje.*[16] Lord de Villiers CJ referred to Voet 19 2 40 which states that, unless the contract provided to the contrary, the employer would be ordered to pay the balance of the contract price after deducting an allowance for the diminished use or inferior quality of the work. Any damages sustained by the employer as a result of the unsatisfactory performance would also be taken into account. This approach was adopted in *Van Rensburg v Straughan*[17] and *Breslin v Hichens.*[18]

In *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk*[19] these decisions were reviewed.[20] The court concluded that the contractor's claim discussed by Maasdorp JA in *Van Rensburg's* case was in effect an enrichment action. This, said Jansen JA, was more suited to cases of rescission by the employer.[21] He was of the opinion that, where no rescission has occurred, the approach taken in *Hauman's* case by Innes JA should be adopted. In accordance with this view, utilization by the employer of the defective performance would give rise to a discretion in the court to relax the application of the principle of reciprocity. The court would decide whether to allow the contractor to claim *ex contractu* for a reduced price, deducting the cost of repair and the amount of any consequential damage suffered. The onus lies on the contractor to persuade the court to exercise its discretion in his favour.[22]

Thus, depending on the circumstances, an action might be available to the employer to recover payment of:

a the full sum transferred;
b any amount over and above his enrichment; or
c any amount exceeding the reduced contract price to which the contractor may be found to be entitled.

In all these cases the employer's claim will nonetheless be founded on the *condictio indebiti.* This is an enrichment action and therefore, it seems, not one for recovery of a debt arising out of contract. If this is so, section 12(3) should protect the plaintiff.

This view was not dismissed by the court in *Sadie v Currie's City (Pty) Ltd.*[23] On the facts it was held that the claim under considertion was not based on a *condictio.* However, Margo J did not reject the finding of the court *a quo*

16 *supra.*
17 *supra.*
18 1914 AD 312.
19 *supra.*
20 See Hawthorne 1979 *THRHR* 337; Tager 1979 *Annual Survey of SA Law 117.*
21 See Kerr 1981 *THRHR* 435. In the case of repudiation of a contract, prescription begins to run on the aggrieved party's claim from the date of cancellation.
22 *BK Tooling* case *supra* 434-435.
23 1979 1 SA 363 (T).

that a claim under the *condictio causa data causa non secuta* was not one based on contract and that section 12(3) applied. This reasoning, it is submitted, would hold good for all the *condictiones.*

It appears, therefore, that in these circumstances prescription would not begin to run against the employer until he becomes aware, or ought reasonably to have become aware, of the facts giving rise to his claim. The remedy afforded by the *condictio indebiti* would not, however, suffice to compensate the employer whose consequential loss exceeds the contract price. Nor will the argument outlined in par 2 2 above assist where consequential damages are claimed.

## 3 DELICTUAL LIABILITY ARISING FROM CONTRACT

The employer may possibly circumvent the problem of prescription by framing his action for damages, including his claim in respect of consequential loss, in delict. In this event section 12(3) will assist him. This raises the interesting question of the relationship between breach of contract and delictual actions stemming from contractual relations.

The consequence of a contract is, without exception, the creation of a personal right. Van der Vyver and Joubert[24] point out that a personal right to performance (which may take the form of *dare, facere* or *non facere*) creates nothing other than a debtor-creditor relationship. The creditor's right to claim performance lies against the debtor alone. Where the source of the personal right is contract, the duty to perform is clearly a contractual obligation. In addition, the creditor has a right of action against third parties. This is the right "om hulle te weerhou van enige handeling wat mag verhinder dat die skuldenaar die betrokke prestasie lewer of wat mag veroorsaak dat hy 'n gebrekkige prestasie lewer." The duty owed by third parties to the creditor is essentially delictual in nature.

The vital question is, however, whether a contractual creditor's right of action against a debtor for malfeasance or non-feasance may be extended beyond the realm of contract into the delictual sphere. The English courts have recently tended to recognize the existence of a common law right to parallel contractual and delictual claims. This development may be traced through an examination of a number of decisions.

The traditional view was enunciated in *Bagot v Stevens Scanlan & Co Ltd.*[25] The court considered a claim against an architect by his client based on the former's failure to execute his work in a proper manner. The defence of prescription was raised.[26] It was held that the relationship which created the duty to exercise reasonable skill and care arose out of contract and not otherwise:

24 *Persone- en Familiereg* (1980) 15.

25 1966 1 QB 197.

26 The court held that the damage occurred when the work was improperly done. Time began to run from that date. (See also *Higgins v Arfon Borough Council* 1975 1 WLR 524). Considering a claim in tort, Lord Denning MR doubted the correctness of this approach in *Sparham-Souter*

> "It was a contractual relationship, a contractual duty, and any action brought for failure to comply with that duty is, in my view, an action founded on contract . . . alone"[27]

In *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller and Partners Ltd*[28] the court was of the opinion that a special relationship between the parties could give rise to a duty to exercise reasonable care. Lord Morris of Borth-y-Gest said that " . . . if someone possessed of a special skill undertakes, quite irrespective of contract, to apply that skill for the assistance of another person who relies upon such skill, a duty of care will arise."[29] This would be so whether the service is rendered by means of words or deeds.

In *Esso Petroleum Co Ltd v Mardon*[30] the court extended the application of this principle. Lord Denning MR held that it covered cases where a representation is made during negotiations which result in contractual relations. He held that a duty of care exists where a man has, or professes to have, special knowledge or skill and makes a representation by virtue thereof with the intention of inducing the representee to enter into a contract with him. He expressly rejected the reasoning in cases such as *Bagot v Stevens Scanlan & Co Ltd*[31] saying:

> "I venture to suggest that those cases are in conflict with other decisions of high authority which were not cited in them. These decisions show that, in the case of a professional man, the duty to use reasonable care arises not only in contract, but is also imposed by the law apart from contract and is therefore actionable in tort . . . It can be put either in contract or in tort."[32]

The *Esso* decision was relied upon in *Batty v Metropolitan Property Realisations Ltd.*[33] Megaw LJ directed that judgment be entered for the plaintiff for

*v Town and Country Developments (Essex) Ltd* 1976 QB 858. He said, *obiter,* that prescription should not begin to run against the plainiff until he discovers, or ought with reasonable diligence to have discovered, the damage concerned. This *dictum* was approved in *Anns v Merton London Borough Council* 1978 AC 728. Lord Wilberforce held that the claim in tort did not begin to prescribe on delivery of a defective building. Time began to run only when the state of the structure constituted an imminent danger to its occupants.

27 204. Actions in tort were granted against negligent local authorities in *Higgins'* case *supra* and in *Dutton v Bognor Regis Urban District Council* 1972 1 QB 373. The court also approved in principle that an action in tort lay against a builder who was negligent in carrying out his duties. See also *Anns'* case *supra.* However, none of these cases was concerned with co-existing contractual obligations. Lord Denning MR in *Dutton's* case did not appear to have been considering overlapping actions in contract and tort when he held that "since *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller and Partners Ltd* . . . it is clear that a professional man who gives guidance to others owes a duty of care, not only to the client who employs him, but also to another whom he knows is relying on his skill to save him from harm" (394).

28 1963 2 All ER 575.

29 502–503.

30 1976 QB 801. See Hutchison "Damages for Negligent Misstatements" 1981 *SALJ* 486 495.

31 *supra.*

32 819. See also *Boorman v Brown* 1842 3 QB 511 at 525–526 and *Nocton v Lord Ashburton* 1914 AC 932 956.

33 1978 QB 554.

the tort of negligence in addition to breach of warranty. The court stressed that the right to judgment on both grounds should not be limited to cases concerning a breach of duty by professional men in their work, or to those conducting a common calling.[34]

A further blow was delivered to the *Bagot* case in *Midland Bank Trust Co Ltd v Hett, Stubbs & Kemp (A Firm).*[35] The court was called upon to consider whether a solicitor's negligence in failing to register an option timeously gave rise to an action in tort. The court elected not to follow a line of decisions limiting the plaintiff client to contractual remedies.[36] Oliver J considered the general principle set out in the *Hedley Byrne* case by Lord Morris of Borth-y-Gest. He found that there was no reason to confine its operation to non-contractual relationships.[37] He noted that Lord Pearce in *Headley Byrne* had approved the dissenting judgment of Lord Denning in *Candler v Crane, Christmas & Co.*[38] Oliver J interpreted Lord Denning's judgment as enunciating a general principle of liability. This liability arose from the relationship created by the assumption of a particular work or responsibility, regardless of the source of that relationship. He therefore considered that "[the] inquiry upon which the court is to embark is 'what is the relationship between plaintiff and defendant?' not 'how did the relationship, if any, arise?'"[39] The court approved the *Esso* case and found it to be authority for this proposition: the existence of a contractual duty of care does not preclude a parallel claim in tort under the *Hedley Byrne* principle.[40]

It appears that although the *Hedley Byrne* principle has been criticized for vagueness,[41] its very flexibility has proved useful. It has been held to establish "a general duty arising by law from a relationship of the type therein described however that relationship is created."[42] Such an interpretation has enabled the English courts to grant actions in tort, despite the co-existence of contractual remedies.

It remains to be considered whether the South African courts might adopt a similar approach in order to assist plaintiffs such as those in the *Hawken* and *Escom* cases.

One of the early decisions concerned with a delictual claim arising out of

34 566. See also the judgment of Ormrod CJ in the *Esso* case *supra* 827. See further, *Jackson v Mayfair Window Cleaning Co* 1952 WN 51. In the latter case the plaintiff succeeded in an action in tort where a chandelier was damaged while being cleaned by workmen. The claim was allowed despite the fact that the work was being done under contract.

35 1979 Ch D 384.

36 See eg *Groom v Crocker* 1939 1 KB 194; *Clark v Kirby Smith* 1964 Ch D 506; *Bagot v Stevens Scanlan & Co Ltd supra.*

37 412.

38 1951 2 KB 164.

39 413.

40 The *Midland Bank* case was approved in *Ross v Caunters* 1980 Ch D 297.

41 See Cookson "The Delictual Liability of Auditors to Third Parties for Negligent Misstatements" 1977 *CILSA* 32.

42 *Midland Bank* case *supra* 432.

contract was *Van Wyk v Lewis.*[43] An action for damages was instituted against a surgeon by reason of his alleged negligence. Fault was not proved. Nevertheless, Innes CJ defined the nature of the claim and held it to be based on delict. The duty to take care (in the sense of unlawfulness or wrongfulness) arose from the contractual relationship between the parties. However, the breach of that duty was actionable under the *lex Aquilia.* Wessels JA analysed the cause of action in a similar manner.[44] The duty of care in such cases is based on the fact that everyone has a right not to be injured in his person.[45] Infringement of this right constitutes a wrongful act. In establishing whether the element of fault is present, the court would consider whether the practitioner had exercised reasonable skill and care.[46]

It is not certain when a court would find that, in addition to a breach of contractual obligations, a wrongful act has been committed. In *Ables Groceries (Pty) Ltd v Di Ciccio,*[47] taking cognizance of *Van Wyk's* case, the court nevertheless considered that this is essentially a policy decision. Important factors were said to be:

> "die onderskeiding van kontraktuele en deliktuele aanspreeklikheid, die gevaar van uitwissing van sodanige onderskeiding, die aard van die maatstaf vir die aanwesigheid van die 'duty to take care' (op die veronderstelling dat dit ondanks kritiek tog in ons regspraak opgeneem is . . .), die nodigheid na gelang van die omvattendheid van daardie maatstaf, om 'n beperking te stel op die aanspreeklikheid (bv te beperk tot skade as gevolg van 'physical injury to the person or property' en nie vermoënsskade in die algemeen nie) en oorwegings van openbare beleid."

There have been cases where the courts have refused to contemplate delictual actions when corresponding contractual remedies existed.[48]

In contrast, the court in *Brink v Mostert*[49] appeared to accept without question that an action in delict, as well as one in contract, lay against the respondent. The latter was a building contractor who had failed to perform his contractual obligations satisfactorily.[50]

An agent was held liable to his principal for contractual negligence in *Bloom's Woollens (Pty) Ltd v Taylor.*[51] Milne J in the court *a quo* said *obiter:*[52]

43 1924 AD 438.

44 455–456. See also *Dube v Administrator, Transvaal* 1963 4 SA 260 (W); *Blyth v Van den Heever* 1980 1 SA 191 (A); *Magware v Minister of Health* 1981 4 SA 472 (Z).

45 *Buls v Tsatsarolakis* 1976 2 SA 891 (T).

46 On this question, the court would have regard to the general level of skill and diligence exercised at the time by members of the branch of that profession. See *Van Wyk v Lewis supra.*

47 1966 1 SA 834 (T) 838–839.

48 See *Bruce v Berman* 1963 3 SA 21 (T) where reliance was placed on *Groom v Crocker supra*; *Honey & Blanckenberg v Law* 1966 2 SA 43 (R) where the court cited with approval *Bagot's* and *Clark's* cases *supra;* Hutchison *op cit* 496.

49 *supra.*

50 See also *Tonkwane Sawmill Co Ltd v Filmaler* 1975 2 SA 453 (W); *OK Bazaars (1929) Ltd v Stern & Ekermans* 1976 2 SA 521 (C).

51 1961 3 SA 248 (N) – confirmed on appeal: *Bloom's Woollens (Pty) Ltd v Taylor* 1962 2 SA 532 (A).

52 253–254.

> "There is no anomaly in speaking of negligence in relation to a contractual duty, once one appreciates that there is no such thing as a negligent breach of a duty. Negligence is the breach of a duty to take care whether that duty arises *ex contractu* or otherwise . . . And there will be cases where the same act may be, at the same time, both a delict and a breach of contract."

Our courts have recognized that a delictual duty of care may arise by virtue of the contractual relationship between the parties. A right of action in delict is granted because of, and not in spite of, this relationship.[53]

Further authority for the existece of such an action appears in *Rampal (Pty) Ltd v Brett, Wills and Partners.*[54] The court upheld the plaintiff's alternative cause of action which was framed in delict. It was alleged that the defendant attorneys had failed to observe a duty of care to invest the plaintiff's money against adequate and proper security (ie they had been negligent). Page J noted the unwillingness of the court in *Hamman v Moolman*[55] to create delictual remedies where adequate contractual actions are available. However, he associated himself with the *dictum* in *Bloom's* case quoted above. He held that "the plaintiffs are entitled to proceed in delict in respect of any breach of a duty of care allegedly owed to them by the defendant despite the fact that such duty arose by reason of a contractual relationship between the parties."[56] This statement implies an acceptance that the defendant's negligent performance of contractual duties was unlawful.

Indeed, the *dictum* in *Hamman's* case referred to by Page J has for some time been interpreted as barring an action in delict where a negligent misstatement in the course of contractual negotiations has led to pure economic loss.[57] Wessels JA, in *Hamman's* case, considered that in the field of contract adequate protection was afforded to a misrepresentee. He was of the opinion that a contracting party should safeguard himself against loss by requiring the representor to guarantee the truth of his representations. There was no practical necessity, he said, for the granting of a delictual remedy.

This *dictum* was reluctantly followed in *Latham v Sher*,[58] and in *Du Plessis v Semmelink*.[59] *Latham's* case, expressing doubt as to the correctness of the *dictum*, provides the first intimation of a movement towards allowing parallel contractual and delictual liability in the field of misrepresentation. In his judgment Margo J said:

> "Plainly there is much to be said in favour of recognizing an Aquilian action for damages consequent on negligent misrepresentation inducing a contract."[60]

53 *Van Wyk v Lewis supra*; *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd* 1978 4 SA 901 (N).
54 1981 4 SA 360 (D).
55 1968 4 SA 340 (A).
56 366.
57 See Hutchison *op cit.*
58 1974 4 SA 687 (W).
59 1976 2 SA 500 (T).
60 695.

Our courts have, for some time, recognized liability for negligent misstatements outside the contractual context.[61] However, the court in *Administrator, Natal v Bijo*[62] expressly excluded from the ambit of its decision, negligent misstatements in the field of contract. In such cases, it said, different considerations apply.[63] The problem was left unresolved in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk.*[64]

Neethling,[65] referring to the *Bijo* case, did not consider the possiblity of a delictual action between contracting parties. Confining himself to general principles, he stated that the question before the court was whether the accuracy of the statements was guaranteed. *Inter partes* the defendant would be liable in contract, whereas the liability as regards third parties would be delictual in nature.

On the other hand, Pauw[66] appeared to approve of the developments in English law as evidenced by the *Esso* decision. He was of the opinion that the case should have persuasive force in South Africa. He pointed out that in both contractual and extra-contractual claims, the misrepresentation has the effect of inducing a person to do something to his detriment: "The distinction contract/tort is thus meaningless in cases of misrepresentation where damages are claimed."[67] It is submitted that this reasoning might apply equally to malfeasance of contractual obligations. In both contractual and extra-contractual claims, damage to property, person or patrimony (actionable within a limited sphere) is in issue.

In the opinion of Burchell,[68] the policy reasons for limiting liablity in regard to negligent misstatements are not present where negligent misstatements inducing a contract are concerned – the parties are clearly identifiable and the potential loss is finite. The case for allowing an action in such circumstances is stronger than where no contractual relationship results.[69]

61 *Rhostar (Pvt) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* 1972 2 SA 703 (R); *Suid-Afrikaanse Bantoetrust v Ross en Jacobz* 1977 3 SA 184 (T); *Administrator, Natal v Bijo* 1978 2 SA 256 (N); *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd supra*; *EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin* 1979 2 SA 702 (E); *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A). See also Hutchison "Negligent Statements: Why the Reluctance to Impose Liability?" 1978 *SALJ* 515; Burchell "The Policy Limits for Recovery of Pure Economic Loss" 1981 *SALJ* 1; Neethling 1981 *THRHR* 78; Hutchison "Damages for Negligent Misstatements" 488.

62 *supra*.

63 260.

64 *supra*.

65 1979 *THRHR* 329 330.

66 "Negligent Misrepresentation Inducing a Contract: Recent Decisions in the South African and English Courts" 1976 *THRHR* 393.

67 398.

68 "The Birth of a Legal Principle – Negligent Misstatement Causing Pure Economic Loss" 1980 *SALJ* 1 13.

69 Burchell 1977 *Annual Survey of South African Law* 174. See also as regards policy dictated limitations Pauw "Weer Eens Nalatige Wanvoorstelling" 1978 *THRHR* 53.

The court in *Kern Trust (Edms) Bpk v Hurter,*[70] a case decided on exception, considered that such an action may indeed require limitation. Nevertheless, it approved the *Esso* decision and stressed its persuasive force.[71] For the first time since *Hamman v Moolman*[72] a South African court, albeit a provincial division, decided in principle that an action *ex delicto* is competent in our law in cases of negligent misstatements inducing a contract.[73] Friedman J did not regard the *dictum* in *Hamman's* case as barring such relief in all circumstances. On the facts before him, he found that the traditional contractual remedies available were not adequate as envisaged by Wessels JA in *Hamman's* case. Where a guarantee is not sought, he said, "[t]here is no reason either in principle or in equity, why he [the representee] should not, in appropriate circumstances, have an action for damages."[74]

This statement could be interpreted as limiting the right of action to instances where no guarantee is provided. It might be said that a guarantee constitutes an adequate contractual safeguard excluding any necessity for allowing a delictual remedy. However, such an interpretation my be unfounded. There seems no reason to distinguish breach of warranty (or guarantee) from other forms of breach of contract.[75] It is submitted that the balance of authority favours the granting of a delictual action where a contracting party has failed to use reasonable skill and care in carrying out his obligations. If this is so, surely a similar action should be available where he fails to exercise that care in providing a guarantee.

From an examintion of our case law, it appears that the remedies available to a plaintiff, who has entered into a contract with the defendant, are not limited to contractual actions. Where the defendant has failed to carry out his obligations satisfactorily, it may be possible to decide, on a policy basis, that the contractual relationship gives rise to an independent duty implied by law. Failure to observe this duty would constitute an unlawful or wrongful act.

One policy factor which might be relevant is that envisaged by the court in *Minister van Polisie v Ewels.*[76] It might be argued that there is, if not a practical necessity, an equitable need to allow a parallel delictual action in certain circumstances. This would be so particularly where the plaintiff's contractual remedy has prescribed and where, despite reasonable diligence, he discovers the breach too late. The legal convictions of the community may require that an action *ex delicto* be granted to prevent injustice.

70 1981 3 SA 607 (C). See Hutchison "Damages for Negligent Misstatements" *supra*; Van Wyk 1981 *De Jure* 358.

71 614.

72 *supra*.

73 The decision was welcomed by Hutchison "Damages for Negligent Misstatements" *supra*. The writer suggested that the *Kern Trust* principle be extended to cover instances of misstatements made between parties already in a contractual relationship (494–497).

74 613.

75 See *Batty's* case *supra*.

76 1975 3 SA 590 (A).

It appears from both English and South African decisions that the defendant's real or professed skill and knowledge are important considerations in determining delictual liability. Hutchison[77] submits that these factors, in addition to others mentioned in the *Kern Trust* case, such as the defendant's occupation and the context in which the statement is made, are relevant largely to the question of fault. He suggests that the scope of the operation of unlawfulness should be limited and that negligent misstatements in the contractual context should be regared as *prima facie* wrongful.

It is submitted that he is correct in his view that these factors do relate to the fault principle. However, it is suggested that they are equally important to the issue of wrongfulness. Consideration of these factors under the latter head allows the courts flexibility. This is essential to balance the interests of the parties and to evaluate the social and legal consequences of imposing liability. The need for such flexibility has been regarded as imperative.[78] The development of guidelines of a casuistic basis will, it is submitted, reduce the risk of arbitrary exercise of judicial discretion.

To confine the operation of factors such as skill and knowledge to the essentially factual realm of fault may not always prove to be in the interest of public policy. This approach may give rise to the imposition of excessive constraints on professionals and businessmen. If, however, negligent misstatements in the sphere of contract *should* be considered *prima facie* wrongful, this view would apply also to malfeasance of contractual obligations.

On the assumption that the defendants were negligent (in that they failed to exercise reasonable skill and care in carrying out their contractual obligations), it might have been open to the plaintiffs in the *Hawken* and *Escom* cases to frame their actions in delict. This may have enabled them to invoke section12(3) of the Prescription Act.

However, even if a delictual action were found to be competent in the circumstances, the wording of the subsection might nevertheless frustrate any attempt to rely on it. Section 12(3) applies only to debts which do not arise out of contract. In the cases under consideration, the debts originally stemmed from the existence of a contract. They might therefore be said to have arisen out of contract.

Perhaps this difficulty could be surmounted by adopting the persuasive reasoning of Oliver J in the *Midland Bank* case.[79] What requires examination is the nature of the relationship between the parties and not how it arose. The relationship may well have been created by contract. A failure to perform or malfeasance of the obligations thereunder might result in contractual liability. Nevertheless, the relationship may also give rise to a separate duty of care imposed by law.[80]

77 "Damages for Negligent Misstatements" 499–500.

78 Burchell "The Birth of a Legal Principle – Negligent Misstatement Causing Pure Economic Loss" 5.

79 *supra* 413.

80 See *Van Wyk v Lewis supra*.

It is true that any duty to act at all in these cases is created by the contract. However, once the duty or responsibility to perform is undertaken, a special relationship between the parties comes into existence. In those circumstances a failure to act with reasonable skill and care could be considered wrongful. Viewed in this light, the debt claimed *ex delicto* would not have arisen out of the contract itself, but out of a breach of an independent duty of care (viz not to harm the plaintiff's person, property or, in some cases, his patrimony). That this duty exists by reason of a contractual relationship might well be irrelevant in ascertaining the basis of the claim. If this is correct, section 12(3) could be relied on by the injured party.

Whether our courts would be prepared to come to the aid of a plaintiff in the position of *Hawken* or *Escom* remains to be seen.

HUGO DE GROOT-PUBLIKASIEFONDS

*Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.*

*Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:*
Prof DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

# Bribery – some civil consequences

AB Leslie
*BA LLB*
*Senior Lecturer, Department of Mercantile Law,*
*University of Durban – Westville*

**OPSOMMING**

**Privaatregtelike Gevolge van Omkopery**

Hierdie artikel is 'n ondersoek na die siviele gevolge wat volg op 'n korrupte transaksie waarby die prinsipaal, sy agent (die omgekoopte) en die derde party (die omkoper) betrokke is. Ons sal na hulle verwys as P, A en X onderskeidelik. Daar sal onderskei word tussen 'n omkoopbedrag en 'n geheime wins aangesien die remedies verskil afhangende van die aard van die transaksie.

Aangesien ons regters grootliks deur die Engelse reg op hierdie gebied beïnvloed is, word 'n vergelykende benadering gevolg. Drie hoofaspekte sal oorweeg word:

Eerstens word die remedies wat die partye het om die omkoopbedrag te verhaal, oorweeg. Dit is duidelik dat P geregtig is om A vir die omkoopbedrag te dagvaar, maar dit is twyfelagtig of dit in die Suid-Afrikaanse reg toelaatbaar is vir P om X te dagvaar. Wat die remedie tot A se beskikking betref, is dit duidelik dat hy nie geregtig is om 'n beloofde geskenk van X te eis nie, maar of X die omkoopbedrag van A kan eis, is onseker.

Tweedens sal P se remedies ingevolge die kontrak tussen hom en X oorweeg word. Aangesien hierdie kontrak besmet is met die omkopery, is P geregtig om uit die kontrak te tree en ook skadevergoeding van X te eis. Die vraag of die hof, in die vasstelling van sulke skadevergoeding, ook die omkoopbedrag wat deur P verhaal is, in ag mag neem, word ook behandel.

Laastens word die effek wat die omkoopbedrag het op die kontrak tussen P en A ontleed. Alhoewel P geregtig is om uit die kontrak te tree en om A se kommissie te weerhou waar 'n omkoopbedrag aanvaar is, is dit nie duidelik of P 'n soortgelyke remedie het waar A 'n geheime wins wat nie 'n omkoopbedrag is nie, ontvang het nie.

## 1 INTRODUCTION

An investigation into the civil consequences of bribery reveals an interesting series of permutations that may arise from the legal relationship between the principal (P), the agent(A) and the third party (X).

As there is a paucity of South African case law on the subject, English law will also be considered. Such an approach has been adopted with approval by our judges.[1]

Although our courts have generally followed English decisions, there have been occasions where our judges have departed from English law. As some of the English law cases have still to be considered by our courts, suggestions will

1 *Transvaal Cold Storage Co Ltd v Palmer* 1904 TS 4 20. Innes CJ, after reviewing some early Roman and Roman Dutch authorities concluded that English Law had "... examined the duties which an agent owes to his principal far more thoroughly than was possible at an earlier time."

be made about whether or not English law should be followed in certain instances.

## 2 DISTINCTION BETWEEN A BRIBE AND A SECRET PROFIT

Before turning to the consequences arising from the legal relationship between P, A and X, it is important to distinguish between a bribe and a secret profit as the consequences of each transaction, although largely similar, contain some significant differences.

While the term "secret profit" is sufficiently wide to include a bribe, it is possible for A to obtain a secret profit which does not amount to a bribe.

The following elements must be present for bribery to take place:[2]

1 X must make a gift to A;
2 at the time of the gift X must be aware that A is an agent of P;
3 in making the gift X must intend to induce A to act in favour of X in a transaction between P and X; and
4 the gift made by A to X must not be disclosed to P.

Once the above aspects have been proved then:

a X's *motive* (as opposed to an *intention* to induce) in making the gift is irrelevant;
b it is irrebuttably presumed in favour of P and against X and A that A was influenced by the bribe.[3]

It has been succinctly stated that:

> "any secret benefit given by one contracting party to the agent of another *with the intention of influencing his mind in favour of the donor* is a bribe, which entitles the other contracting party to certain remedies against the agent and the donor quite irrespective of the donor's motive or the effect of the gift on the mind of the agent."[4]

The essence of bribery is the complicity between A and X as envisaged in elements (2) and (3) *supra*. Invariably the inference to be drawn from such connivance is that A and X have acted dishonestly. It is this conduct which is missing in a secret profit not amounting to bribery.[5]

The term "secret profit" will be used where A has obtained some impermissible benefit when acting for P without the connivance of X, while the term "bribe" will be used where a complicity, described earlier, is present between X and A.

Bribery, rather than secret profits, has occupied the attention of the courts. It is with the former that this article is primarily concerned.

2 *Mangold Bros Ltd v Minnaar and Minnaar* 1936 TPD 48 54–55.
3 *Mangold Bros Ltd v Minnaar and Minnaar supra* 55.
4 *Davies v Donald* 1923 CPD 295 299 per Watermeyer J.
5 Ball and Rose *Principles of Business Law* 22-24.

## 3 RECOVERY OF THE BRIBE

### 3 1 Is P entitled to sue A to recover the bribe?

It is a well established principle that:

> "Whenever an agent in the course or by means of the agency acquires any profit or benefit without the consent of the principal, such profit or benefit is deemed to be received for the principal's use and the amount must be accounted for and paid over to the principal."[6]

Where A receives money by way of a bribe, P is entitled to claim the amount paid as a bribe together with interest running from the date of receipt of the bribe.[7] Where A receives property, he is liable to surrender the property to P or to account to P for its highest value whilst in A's possession.[8]

The quantum of profit which must be disgorged by A must be carefully isolated from the loss, if any, sustained by P.[9] It is wrong to approach the calculation of restitution from the viewpoint of P's loss. There may be cases where P has lost nothing at all, yet A will be compelled to surrender his profit.[10] Once this is understood, the calculation simply revolves around the gain made by A. The fact that P is placed in a better position than he would have been, but for the bribe, is irrelevant. Compensation of P is not in issue.[11] It is accepted that it is unwise that A should be entitled to retain any profit arising from the agency unless this has been agreed to by P, who should be fully precognised of all the circumstances. To this extent it may be argued that the forcing of the agent to release his unjust rewards is a penal sanction which may act as a deterrent to others similarly tempted to accept secret profits.[12]

In England, under both equity[13] and common law,[14] P has a restitutionary right to recover the amount of a bribe paid to A. It has been suggested that a number of mythical foundations have been relied upon to substantiate this right.[15]

6 *Transvaal Cold Storage Co Ltd v Palmer supra* 20 per Innes CJ quoting from the *Encyclopaedia of the Law of England* vol 10 355 with approval.

7 Bowstead *A Digest of the Law of Agency* 8th ed (1932) 183.

8 *Alfred Morten v A M van Zuilecom* (1907) 28 NLR 500 following *Eden v Ridsdales Railway Lamp and Lighting Co* LR 23 QB Div 371.

9 "[H]is (A's) liability is not based on the fact that he has prevented his principal from earning the profit, but on his duty in good faith to hand over to his principal every advantage directly or indirectly connected with the agency." Wille and Millin 17th ed *Mercantile Law of South African* 386. Also *Mahesan v Malaysia Government Officers' Co-Operative Society Ltd* 1978 2 All ER 405 409 A.

10 *Hovenden and Sons v Millhof* (1900) 83 LT 41; *Phipps v Boardman* 1967 2 AC 46.

11 De Villiers and Macintosh 2nd ed *The Law of Agency In South Africa* 149; *Transvaal Cold Storage Co Ltd v Palmer supra. Herzfelder v Mc Arthur* 1908 TPD 332 354.

12 Tettenborn "Bribery, Corruption and Restitution – The Strange Case of Mr Mahesan" 1979 *LQR* 68 73.

13 *Fawcett v Whitehouse* (1829) 1 Russ & M 132.

14 *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co v Ansell* (1888) 39 ChD 339.

15 Needham *Recovering the Profits of Bribery* 1979 *LQR* 536 545–548.

The right has been linked to the waiver of tort concept whereby P elects to proceed by way of quasi-contract against A for the amount by which A has been enriched, rather than to sue for damages in tort.[16] It is argued that it is wrong to connect this right to tort, as there may be instances where the restitutionary right will lie where no tort has been committed. A, for example, may acquire a secret profit from wrongful conduct not considered tortious. It is also incorrect to enforce the right on a quasi-contract basis. A does not promise to repay P his unjust gain.[17]

It would appear that in English law the cause of action is based on the fiduciary nature of the relationship between P and A, which prohibits A from making any undisclosed profit.[18]

In South African law the cause of action relied upon by P to recover a bribe rests firmly on the basis that A owes P a fiduciary duty to surrender any secret profit he has made in connection with the agency.[19]

It has been held that an action by P to recover a secret profit from A is not based on the *condictio indebiti*, neither:

> "is the claim in the form in which it succeeded one for damages. Nor is it an action on . . . contract. The fiduciary relationship on which it depends may rest upon an implied mandate; but the suit is not one upon contract. It asks neither for contractual performance nor damages."[20]

It is immaterial whether A's acquisition was a bribe or a secret profit. In either case P is entitled to recover the amount paid to A.[21]

The significance of isolating P's cause of action will become more apparent on analysis of further remedies open to P which may be either cumulative or alternative to the recovery of the bribe.

### 3 2 May A sue X for the bribe?

A cannot sue X for money promised to be given to him by way of a bribe whether he was induced by such a promise to depart from his duty, or not.

The reason is that the agreement between A and X is obviously illegal

16 *United Australia Ltd v Barclays Bank* 1941 AC 1.

17 *United Australia Ltd v Barclays Bank supra* 27.

18 Bowstead 134. See also *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* 1967 2 AC 134 144G. This statement is not free from doubt. See, for example, Needham 547 note 69 where the author, relying on *Reading v Attorney-General* 1951 AC 507, suggests that all P need prove is that the recipient of the bribe acted for P in a transaction to which the bribe relates. The acceptance of the bribe is the wrongdoing which will found an action for money had and received. It is, therefore, unnecessary to show a strict fiduciary relationship between P and the recipient. See note 35.

19 *Transvaal Cold Storage Co Ltd v Palmer* 20; *Peacock v Marley* 1934 AD 1 5 where *Jones v East Rand Extension Co Ltd* 1903 TH 335 was relied upon.

20 *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168 199 per Innes CJ.

21 *Hippisley v Knee Bros* 1905 1 KBI; *Boardman v Phipps* 1967 2 AC 46. In *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver supra* 145 A Viscount Sankey held: "The liability (of A) arises from the mere fact of a profit having been made. The profiteer, however honest and well-intentioned, cannot escape the risk of being called upon to account."

which carries the consequence that it is unenforceable by either party.[22] The *par delictum* rule can have no application, as it is postulated that no money has been paid or property delivered pursuant to the illegal agreement.[23]

### 3 3 Is X entitled to recover the bribe from A?

This situation was considered[24] when X paid money as a bribe to A who undertook to use his influence with P. A failed to honour his undertaking, converting the money he received from X for his own use by buying certain properties. X applied for an interdict seeking to restrain A from alienating the properties, pending the outcome of an action based on a *condictio* brought by X against A for the repayment of the bribe. In refusing the application it was held that:

> "the overriding factor at this stage of the proceedings is that the relief which he (X) seeks is discretionary and, in view of his turpitude, the court is not prepared to extend it to him."[25]

What happened in the main action is not reported, but the judge did comment *obiter* that:

> "All this may possibly not debar him from success at the trial, in view of the qualifications placed upon the *in pari delicto* rule in *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537 at 544."[26]

A had in fact misrepresented to X that he could influence P. A, therefore, was not only guilty of accepting a bribe, but also of fraud. On the other hand, X's misconduct was confined to the giving of the bribe. The court may come to the assistance of X in these circumstances, as it could be argued that the parties are not *in pari delicto*. Accordingly, X would be entitled to relief because his misconduct was less blameworthy than that of A.[27]

In the event that A and X are *in pari delicto*[28] it is submitted that an action by X to recover the bribe will fail unless he can persuade the court that public policy demands that the *par delictum* rule should be relaxed.[29]

### 3 4 Is P entitled to sue X for the amount of the bribe?

Initially it was considered under English law that P's only cause of action against X was to claim damages for fraud.[30] After a dissenting opinion on this

22 *Ex turpi causa non oritur actio. Borrow v Meyerowitz* 1947 2 SA 885 (T).
23 This distinction between the *ex turpi causa* and *par delictum* rules is clearly explained by Wille & Millin 32.
24 *Limbade v Dwarke* 1957 3 SA 60 (N).
25 *Limbade v Dwarke supra* 62F per Holmes J.
26 *Limbade v Dwarke supra* 62E per Holmes J.
27 *Minister of Justice v Van Heerden* 1961 3 SA 25(O).
28 *In pari delicto potior est conditio possidentis.*
29 *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537 544.
30 *Salford Corporation v Lever* 1891 1 QB 168.

view,[31] it was eventually held that P had an action against X for the amount of the bribe as money had and received.[32] It has recently been stated that:

> "This extension to the briber of liability to account to the principal for the amount of the bribe as money had and received, whatever the conceptual difficulties it may raise, is now and was by 1956 too well established in English law to be questioned."[33]

The "conceptual difficulties" referred to have the effect of making P's claim *sui generis*. In fact the claim defies classification.[34] Whereas the cause of action relied upon by P to sue A to recover the bribe may be linked to A's fiduciary duty which he owes to P,[35] certainly no such duty exists between P and X.[36]

In South African law, similar difficulties in searching for a proper cause of action were experienced in *Nathan's* case, where P sued X for, *inter alia,* recovery of a bribe. Innes CJ, without referring to any authority, commented that he found it difficult to see how such a claim could succeed, since it implied a fiduciary relationship between P and X, whereas in fact no such relationship existed. The judge continued that he could not understand how such a claim could be successful even on different facts. Counsel for P withdrew the claim and the case proceeded along different lines. The following salient features emerge from this judgment: no reference was made to English case law on the topic; the claim seems to have been incorrectly formulated, since it implied a fiduciary relationship between P and X; the claim was withdrawn by P's counsel which places the remarks of Innes CJ in the category of *obiter dicta.*

Considering the anomalous nature of the action whereby P sues X for the bribe and the remarks of Innes CJ, it seems unlikely that our courts will readily admit such a claim. The search for a proper cause of action remains unresolved. It could be argued with some cogency that such a claim should lie, since public policy demands that the briber should not be entitled to retain the profits of his fraud. It seems, however, that the South African courts would want something more concrete than this to persuade them that P should be entitled to recover the bribe from X.[37]

Two points remain. First, in English law P does not have to prove any loss before he can recover the bribe. Secondly, English law is apparently sufficiently

31 *Grant v Gold Exploration and Development Syndicate Ltd* 1900 1 QB 233 per Collins LJ. *Contra* AL Smith and Vaughan Williams LJJ.

32 *Hovenden & Sons v Millhoff* (1900) 83 LT 41 (1900–3) All ER 848.

33 *Mahesan v Malaysia Government Officers' Co-Operative Society Ltd supra* 411G per Lord Diplock.

34 *Mahesan v Malaysia Government Officers' Co-Operative Society Ltd supra* 411B.

35 See note 18 *supra.* The granting of relief to P in these circumstances lends support to the view of Needham 547 that a fiduciary link need not be established by P before he can succeed in recovering the bribe. It would seem in most cases, however, that there will invariably be a fiduciary relationship between P and the recipient of the bribe. It is the extension of this relief to P when suing X for the bribe that is anomalous.

36 *Nathan v Blake's Executors* 1904 TS 626 630.

37 *Contra* the suggestion by De Villiers and Macintosh 274 where an oblique reference is made to P's right to recover the bribe from X.

wide to allow P to sue X for the bribe despite the fact that X has already paid the bribe over to A.[38]

## 4 REMEDIES AVAILABLE TO P ARISING FROM THE CONTRACT BETWEEN P AND X

### 4 1 Circumstances in which the contract between P and X is voidable at the instance of P

In this regard it is important to refer to the distinction between bribery and a secret profit not amounting to bribery;[39] if the former is proved, then the contract between P and X is voidable at the instance of P, but if the latter is established, P will have no right to rescind the contract.[40]

This approach is consistent with English law.[41] Further, for the purposes of deciding whether P is entitled to rescind the contract, the English law distinction between bribery and secret profit, as set out earlier, is closely followed.[42] This is mentioned at this stage, as it will become apparent that this English law distinction has been departed from when consideration is given to A's commission.[43]

It will be recalled that the essence of the distinction is that for bribery to be established, X must have intended to induce A to act in favour of X. *Intention* must not be confused with *motive* as it has been held that:

> "Now the learned Judge there (*Davies's* case) says that the benefit must be given with the *intention* of influencing the mind of the agent in favour of the donor, but he goes on to say in the very next sentence that the transaction is a bribe irrespective of the donor's *motive,* and that seems to be the law too."[44]

Even if payment is made by X to A after the contract between X and P is concluded, the court may infer that such payment was made in pursuance of a prior promise which will entitle the court to hold that bribery has occurred, thereby permitting P to rescind the contract between himself and X.[45]

38 Needham 538–539 who cites *Salford Corporation v Lever; Hovenden and Sons v Millhoff; Grant v Gold Exploration and Development Syndicate Ltd supra.*

39 For the distinction see section 2 *supra* .

40 *Davies v Donald supra* 299–300; *Mangold Bros Ltd v Minnaar and Minnaar supra* 56–57.

41 *In Davies v Donald supra,* for example, Watermeyer J relied on, *inter alia, Hovenden & Sons v Millhoff supra* in stating this general rule. See also *Shipway v Broadwood* 1899 1 QB 369. In *Maheson v Malaysia Government Officers Co-Operative Society Ltd supra* 409A, it was held per Lord Diplock that "the giving of the bribe was treated in equity as constructive fraud on the part of the giver and where it was given in connection with a contract between the principal and the briber the principal was entitled to recission of the contract."

42 *Mangold Bros Ltd v Minnaar and Minnaar supra* 54–55.

43 See section 5 2.

44 *Mangold Bros Ltd v Minnaar and Minnaar supra* 55 per De Wet J.

45 *Mangold Bros Ltd v Minnaar and Minnaar supra* 59.

### 4 2 May P sue A and X for damages?

It is established in English law that A and X will be jointly and severally liable for damages to P where they have acted corruptly to the detriment of P. On the other hand, where A simply receives a secret profit not amounting to bribery, no such action for damages will lie.[46] This is a further reason for distinguishing between a secret profit and a bribe.

This would also appear to be South African law. It has been held for example, that:

> "Clearly it is the law in England, and I think it is also law in this country, that if a third person fraudulently induces an agent to deceive his principal, to the detriment of the latter and to his own benefit, then he is liable for any damages which his principal may suffer."[47]

It was emphasised in *Nathan's* case that before P is entitled to recover any damages he must prove a loss.[48] A principle relied upon in awarding such damages is that:

> "the briber has induced the person who owns the property to part with the property at a lower price than its actual value. . . . The difference between the value of the thing and the price which the person is induced to accept must be the loss that was suffered."[49]

In English law an irrebuttable presumption has arisen that the loss occasioned to P is the amount of the bribe paid to A.[50] This, however, does not prevent P from recovering any loss additional to the value of the bribe should he be able to prove such damage as it has been held that:

> "To the extent that it is said that there is an irrebuttable presumption of loss or damage to the amount of the value of the bribe this is another way of saying that, unlike in the tort of fraud, actual loss or damage is *not* the gist of the action. But then to go on to say that actual loss in excess of the amount of the bribe can be recovered only if it is proved, is to produce a hybrid form of legal wrong of which actual damage *is* the gist of part only of a single cause of action."[51]

46 Bowstead 383, *Salford Corporation v Lever supra; Hovenden and Sons v Millhoff supra; Maheson v Malaysia Government Officers' Co-Operative Society Ltd supra; Morgan v Elford* (1876) 4 Chd 352.

47 *Nathan v Blake's Executors supra* 630 per Innes CJ. See also *Transvaal Cold Storage Co Ltd v Palmer supra* 16 and *Le Clus (Pty) Ltd v Kearney* 1946 CPD 385 389.

48 *Nathan v Blake's Executors supra* 630.

49 *Nathan v Blake's Executors supra* 632–633.

50 *Maheson v Malaysia Government Officer's Co-Operative Society Ltd* 411B.

51 *Maheson v Malaysia Government Officer's Co-Operative Society Ltd supra* 411E per Lord Diplock. *Contra Nathan v Blake's Executors supra* where it was held in an action by P against X for damages that the amount of the bribe in no way affects the measure of damages which P may recover. This view must, however, be seen in the context that P had recovered the amount of the bribe from A in a previous action.

### 4 3 Is P entitled to recover both damages and the bribe?

In English law, prior to the decision in *Mahesan's* case,[52] P was entitled not only to recover the amount of the bribe, but also to claim damages from A and X for the loss suffered as a result of the bribery. This was the law as set out in *Salford's* case where it was held that:

> "he (P) may recover from the agent the amount of the bribe which he has received, and he may also recover from the agent and the person who has paid the bribe, jointly or severally, damages for any loss which he has sustained by reason of his having entered into the contract, *without allowing any deduction in respect of what he has recovered from the agent under the former head . . .*"[53]

In 1978 this approach was disapproved of in *Maheson's* case, in which P sued A (X having absconded) for the bribe received by A and for the actual loss suffered by P arising from A's breach of duty. The court held that such claims were not cumulative, but lay in the alternative only.[54] Judgment was given in P's favour for the claim arising out of the loss he suffered.

South African case law on the subject seems to be confined to situations where directors of companies secretly accept their qualification shares from promoters. The acceptance of such shares will invariably be tainted with corruption. This was the view taken by the court in *Balmoral Diamond Syndicate v Liddle*[55] when arriving at the conclusion that the directors had accepted bribes. Mason J had no hesitation in holding that each director was liable to the company in respect of the shares which he had received as a present of qualification from the promoters. This may be equated with P's recovering the amount of the bribe from A. *In addition to allowing recovery of the bribe,* Mason J held that:

> "if an agent was bribed, as was the case with the directors of the Balmoral Co, to induce his principal to give a higher price than would be otherwise asked, the principal can recover the excess price as damages from both the agent and the person bribing him."[56]

The court ordered that the amount of the bribe and damages be paid by the directors to the company.

This approach was reiterated by the same judge in *Ex parte The Master: In re the Niagra Ltd (in liquidation):*[57]

> "The courts have always held that where an agent receives a secret commission, that constitutes fraud on the principal. That fraud has various consequences, one of which is that the whole transaction can be set aside . . . *Another consequence is*

52 *supra.*

53 *supra.* This is an extract from the headnote to *Salford Corporation v Lever supra.*

54 In arriving at this conclusion the court relied on *United Australia Ltd v Barclays Bank supra.*

55 1907 TH 89 104.

56 *Balmoral Diamond Syndicate Ltd v Liddle, Smith, Leeb, Harger and Schuller supra* 117 following *Salford Corporation v Lever supra.*

57 1912 TPD 896 901–902.

> *that the principal who is injured by such a transaction may recover damages. A third consequence is that the principal may also recover the value of the promised gift to his agent* . . . You may call it qualification shares, or what you like, it is in substance a bribe."

De Villiers and Machintosh[58] cite the *Balmoral* case as authority for the view that A and X are jointly and severally liable for loss sustained by P. Any bribe recovered by P may not be set off against such loss. Lee and Honoré[59] support the view of De Villiers and Mackintosh. Apart from relying on the *Balmoral* case[60] they also cite *Nathan's*[61] case. On an analysis the latter case, however, it becomes apparent that the point of law in question was not canvassed.

P sued X for the bribe and damages caused through X's fraudulent behaviour. Unfortunately, the court was not called upon to consider whether both claims could lie, as the claim to recover the bribe was withdrawn by counsel, with the court indicating that such a claim could not be entertained as there was no fiduciary relationship between P and X.[62]

Kerr[63] is also of the view that P can claim the profit made by A and sue for any loss which his business has suffered. He sites the *Transvaal Cold Storage* case[64] to support his suggestion. In that case the court considered a claim for the return of secret profits received from A. The judge commented *obiter* that:

> "if it (P) could prove any loss to his business . . . an action for damages would have been maintainable."[65]

However, this does not take the matter very much further, as again nothing was said about whether such a claim would lie in addition or in the alternative to a claim for recovery of the bribe.

The authors cited *supra,* all of whom expressed their views prior to the *Maheson* case, have opted for the *Salford* approach. Having regard to the somewhat scanty South African case law on the subject, the time has perhaps arrived for a reappraisal of these early Transvaal cases.[66] Should our South African judges recant as their lordships did in the *Maheson* case?

*Maheson's* case has not escaped criticism. One reason why the court decided that relief should be in the alternative is that P would receive a double benefit if cumulative claims were allowed.[67] This could be construed as unjust enrichment by P at the expense of A. It has been argued, however, that it is better

58 *supra* 272. Although the authors do not cite *Ex parte The Master: In re The Niagra Ltd,* this case appears to confirm their view.
59 Lee and Honoré 2nd ed *The South African Law of Obligations* 159 par 440.
60 *supra.*
61 *supra.*
62 *supra* at 630.
63 Kerr 2nd ed *The Law of Agency* 142.
64 *supra.*
65 *supra* 16.
66 *Balmoral Diamond Syndicate v Liddle* and *Ex Parte The Master: In re Niagra Ltd supra.*
67 *supra* 408B.

that P should be entitled to such advantage than that A should be allowed to retain the fruits of the bribe.[68] It would appear, however, that in many cases P's loss will be commensurate with the amount of the bribe paid to A. That being so, it is submitted that if alternative relief were to be granted to P, it would seldom occur that A will be left in a financially advantageous position.[69] P will obviously be entitled to judgment for the greater of the two claims. This being so, it is difficult to visualise a case where A would gain from the bribery.

A further aspect relied upon in *Maheson's* case was that under the claim for damages P would have to prove his loss. A recovery of the bribe by P would mitigate such loss.

After equating bribery with fraud the court held that:

> "fraud is a tort for which the damages are limited to the actual loss sustained; and if the principal has recovered the bribe from the bribed agent the actual loss he has sustained in consequence of entering into a contract is reduced by that amount."[70]

It is evident, however, that the claims are distinguishable for the following reasons.[71] Firstly, the cause of action relied upon by P to recover a bribe or any secret profit from A is based on the feature that A is in breach of his *fiduciary duty* owed to P.[72] The recovery of damages on the other hand is based on a *wrongful act,* namely, bribery. No action for damages will lie if A has made a secret profit not amounting to bribery.[73]

Secondly, the computation of the *quantum* to be recovered by P is different in each case. When claiming for the return of the secret profit or bribe, P is entitled to the entire amount paid to A irrespective of whether P sustained any loss or not.[74] In a delictual action for damages, however, P must prove his loss before he can succeed.[75]

If one compares the different kinds of relief, it can generally be concluded that the delictual action is compensatory, whereas the action to recover a secret profit or bribe is essentially deterrent by nature. The difficulty arises where the claim for the bribe is construed as being compensatory. It is at this level that the overlapping of the two claims takes place. Where the claims are allowed to lie cumulatively there exists the real danger of P's being unjustly enriched at the expense of A. Such danger is dissipated by the granting of relief in the alternative only. If the latter approach is adopted, justice is done to P without undue prejudice to A. This surely is the most satisfactory approach which, it is hoped, our courts will follow in the future.

68 Tettenborn 73.

69 *Nathan v Blake's Executors supra* 632–633.

70 *Maheson v Malaysia Government Officers' Co-Operative Society Ltd supra* 410B per Lord Diplock.

71 Tettenborn *passim.*

72 This is the general conclusion arrived at in section 3 1 *supra.*

73 See section 4 2 *supra.*

74 *Maheson v Malaysia Government Officers' Co-Operative Society Ltd supra* 409B.

75 *Nathan v Blake Executors supra* 630.

## 5 THE CONTRACT BETWEEN P AND A

### 5 1 Is P entitled to cancel his contract with A if A accepts a bribe?

It is established in English law that P is entitled summarily to dismiss A if A accepts a bribe in the course of his agency[76] even if A is appointed for a fixed period and P has suffered no loss.[77]

South African law is the same. P may cancel the contract[78] even if the mandate is irrevocable.[79] No action for damages will lie against P.[80] In fact P will be able to sue A for damages.[81] P may cancel even although A acted in good faith thinking that he was entitled to retain the money paid to him by X.[82]

### 5 2 Can P withhold A's commission?

> "Commission is one way of rewarding an agent for services rendered for a principal, and where it is shown that those services have not been duly and faithfully rendered, the agent will be held to have forfeited his claim for payment."[83]

It has accordingly been held that an agent will forfeit his commission:

> "if his improper and unfaithful conduct is connected with the duty he had to perform."[84]

As regards what constitutes "improper or unfaithful conduct" for purposes of withholding commission, it has been stated that:

> "*The mere fact of an agent receiving or retaining a secret profit or commission* arising out of and in connection with the performance of his duty, constitutes unfaithfulness and dishonesty towards his principal."[85]

Building on this, it has been further held that A would be guilty of such improper and unfaithful conduct even where:

> "he has stipulated for a secret commission even though he has not actually received it, as he would thereby be affected in the fidelity which he owes to his principal."[86]

It is submitted that this approach is not quite in accordance with the English law or with *obiter dicta* in some of the South African cases.

76 Bowstead 184.
77 *Boston Fishing Co v Ansell* (1888) 39 ChD 339.
78 *Transvaal Cold Storage Co Ltd v Palmer supra; Gerry Bouwer Motors (Pty) Ltd v Preller* 1940 TPD 130. See also De Villiers and Macintosh 157.
79 Kerr 197.
80 Kerr 194; Wille & Millin 407–408.
81 De Villiers & Macintosh 320.
82 *Transvaal Cold Storage v Palmer supra* 16 and 23; *Gerry Bouwer Motors (Pty) Ltd v Preller supra* 133.
83 *Herzfelder v McArthur, Atkins & Co Ltd* 1908 TS 332 357 per Smith J.
84 *Levin v Levy* 1917 TPD 702 705 per Curlewis J.
85 *Levin v Levy supra* 705. This approach was followed in *La Grange v Faure* 1921 CPD 764 766.
86 *Duffett v Lurie Bros 1923* CPD 473 475 per Benjamin J.

The distinction in English law between a bribe and secret profit[87] has been adopted in South African law.[88] One reason why such a distinction was made in English law was that where the actions of X and A constituted bribery, A forfeited his commission. If A had simply made a secret profit which did not amount to bribery, then P was still liable to pay A his commission.[89]

Although both the *Davies* and *Mangold* cases were concerned with whether or not P could cancel the contract between X and himself, and not with A's right to commission, if the English law distinction *supra* is adopted, there is no reason for holding that the consequences pursuant of such a distinction should be any different under South African law. This clears the way for a comparison between the English law, as supported in the *Davies* and *Mangold* cases, with the law as set out in *Levin's* case. It will immediately be observed that the ground upon which P is entitled to withhold commission according to *Levin's* case is far wider than that under the English law. It will be recalled that the English law definition of bribery, as adopted in the *Mangold* case, insists, *inter alia,* that X must not only be aware that A is P's agent, but also must intend to induce A to act in favour of X in a transaction between P and X. Once bribery is established then commission may be withheld.

By way of contrast, according to *Levin's* case, improper conduct sufficient to justify P's withholding A's commission simply amounts to A's receiving a secret profit from X in connection with the performance of his duty.

It is submitted that the law as set out in *Levin's* case is too widely stated.

Situations may arise, albeit seldom, where A and X fall foul of the law, as set out in *Levin's* case, whilst acting in good faith. This may operate harshly against A. The definition of bribery as laid down in *Mangold's* case should be followed. If the conduct of X and A falls within this definition then, and only then, A should forfeit his commission. The basis for the forfeiture is dishonesty. If the transaction between X and A amounts to A's receiving a secret profit which does not qualify as bribery, then there seems to be no reason why P should withhold A's commission.

Support for this submission is to be found in the *United Agency & Trust Co* case[90] where *gross* misconduct by A was held to be necessary before he forfeits his commission. Surely the acceptance of a secret profit in good faith is not tantamount to gross misconduct. A similar approach was followed in the more recent case of *Esme Financial Services (Pty) Ltd*[91] where wilful misconduct or breach of duty was required for A to forfeit his commission. De Villiers and Macintosh are of the view that:

87 For the distinction see section 2 *supra.*

88 *Davies v Donald supra; Mangold Bros Ltd v Minnaar and Minnaar supra.*

89 *Hippisley v Knee Bros* 1905 1 KB 1.

90 *United Agency & Trust Co v Amm Bros* 1917 TPD 439.

91 *Esme Financial Services (Pty) Ltd v Cramer* 1973 2 SA 805 (C) 812–813. See also *Fox & Caney (Pvt) Ltd v Dilworth* 1976 2 SA 631 (R) 634H 635C where *Keppel v Wheeler* 1927 1 KB 577 was followed.

"an agent who in good faith but mistakenly accepts a secret profit, does not lose his right to remuneration, though he must account for the secret profit."[92]

## 6 CONCLUSION

Although some doubt exists about the exact scope of the remedies available to P who has been a victim of bribery, the relief at his disposal is substantial. It should be remembered, however, that the amount which P is entitled to recover may be reduced by expenditure incurred by A and X. An analysis of the extent to which such expenses play a part in computing the sum payable to P falls outside the scope of this article.

Finally, it should be noted that where bribery amounts to an offence, both A and X may be prosecuted under the Prevention of Corruption Act[94] in which provision is made for a fine not exceeding R2 000 or imprisonment for a period not exceeding five years or to both such fine and imprisonment.[95] Alternatively, the state may elect to charge A and X under the common law.[96]

92 *supra* 198.
93 *Herzfelder v McArthur, Atkins and Co Ltd supra* 359; *Le Clas (Pty) Ltd v Kearney supra.*
94 6 of 1958.
95 s 2 (a).
96 *S v Gouws* 1975 1 SA 97(T).

*Bribery, therefore, is a cancerous growth; once it takes root, it flourishes. It is undeniably inconsistent with ethics and morality and it* [*also*] *constitutes an act of unfair competition.*
*Callmann* Unfair Competition, Trademarks and Monopolies *(1982) par 12 02*

# AANTEKENINGE

## REKTIFIKASIE EN DIE BELANGE VAN DERDES

**1** Rektifikasie is 'n regsmiddel of vorm van regshulp deur middel waarvan 'n skriftelike stuk verbeter kan word sodat dit die ooreenkoms tussen die partye juis – in plaas van verkeerd – weergee. As sodanig verander rektifikasie nie die kontrak tussen die partye nie maar bring slegs die skriftelike stuk in ooreenstemming daarmee.

Rektifikasie kom dus ter sprake waar 'n ooreenkoms op skrif gestel is en die skrif die ooreenkoms verkeerd weergee. Terwyl die skriftelike stuk onverbeterd bly staan, is die veronderstelling dat dit die kontrak tussen die partye korrek weergee. Daar bestaan dus die moontlikheid dat derdes wat die skrif sien, of wat die inhoud daarvan meegedeel word, mislei kan word. Die kontrakspartye weet dat die skrif nie hulle ooreenkoms korrek weergee nie, of behoort dit met redelike sorg te kan agterkom, maar is nietemin in besit van 'n instrument waardeur hulle in staat gestel word om derdes te mislei. Wanneer die stuk dan reggestel word, ontstaan die vraag of die regstelling tot die nadeel van derdes mag geskied en of dit slegs mag geskied op die basis dat dit nie derdes, of altans sekere derdes, sal benadeel nie.

By die beantwoording van hierdie vraag wil dit voorkom asof die volgende vier aspekte van belang is, naamlik:

a die *dicta* wat daar in ons eie regspraak aangetref word;
b die inherente billikheid van die *exceptio doli* wat soms as grondslag van die regsmiddel van rektifikasie aangegee word;
c die leerstuk van estoppel; en
d die posisie in ander regstelsels.

**2** In *Weinerlein v Goch Buildings Ltd* 1925 A 282 291 verklaar appèlregter De Villiers in 'n terloopse opmerking:

> " Faber ad C.4.16. def. 14, . . . is . . . emphatic that the mistake should be corrected, so long as third parties are not injured thereby (def. 8)."

Die volgende verwysing na rektifikasie en die belange van derdes word aangetref in *Meyer v Merchant's Trust Ltd* 1942 AD 244 254 waar hoofregter De Wet paragraaf 504 van die Amerikaanse *Restatement of the Law of Contract* aanhaal en die betrokke aanhaling met die volgende woorde afgesluit:

> "the writing shall be reformed so that it shall express the intention of the parties, if innocent third parties will not be unfairly affected thereby."

In *Industrial Finance and Trust Co (Pty) Ltd v Heitner* 1961 1 SA 516 (W) 522 behandel regter Marais die geval van die rektifikasie van 'n wissel en laat hom soos volg daaroor uit:

> "The plaintiff is a third party innocent of knowledge of the agreement and on some of the dicta already quoted, it will be observed, the claim of such a third party, even if not a holder in due course, cannot be met with the defence of an extrinsic oral agreement."

Die laaste verwysing na die aangeleentheid in die regspraak tref ons aan in *Durmalingam v Bruce* 1964 1 SA 807 (D) 811–812:

> "A mistake, moreover, can be rectified only so long as third parties are not injured . . . Rectification must be limited, in its effect, to the parties concerned in the error sought to be rectified."

As gesag vir hierdie stelling word daar 'n beroep gedoen op die *Weinerlein*- en *Heitner*-sake.

As hierdie karige gegewens saamgevat word, dan blyk dit dat rektifikasie gewis *inter partes* werk maar dat daar bedenkings bestaan teen die toepassing daarvan tot nadeel van *bona fide* derdes. Dit gaan dus nie om derdes wat mislei is nie, maar derdes wat van die fout onbewus was. Hierdie beperking is nog nie toegepas nie, behalwe in die geval van verhandelbare dokumente, en dan wel waar die verhandelbare dokument aan 'n *bona fide* derde verhandel is.

As gesag vir of ter ondersteuning van die bovermelde standpunt word daar verwys na Faber en die *American Restatement*. Wat die passasie uit Faber betref, blyk dit dat hy in sy *Codex Fabrianus* 4 16 *definitio* 8 die latere invoeging van 'n klousule wat uit 'n notariële kontrak weggelaat is, behandel. Hy verklaar dan:

> "[P]lacet non debere id fraude esse posterioribus creditoribus qui medio tempore contraxerunt."

In 'n voetnoot voeg hy later by:

> "Semper enim illaesum servandum est ius tertii."

'n Mens kan jou voorstel dat hy hier dink aan 'n huweliksvoorwaardeskontrak waaruit iets by die notariële optekening weggelaat is (soos 'n voorgenome begiftiging, of 'n voorgenome uitsluiting van 'n sekere bate uit die gemeenskaplike boedel) en dat wanneer dit later reggestel word die regstelling nie 'n derde wat aan een van die partye of aan die gemeenskaplike boedel krediet verleen het, benadeel nie en dat hy sy verhaalsreg teen die betrokke party of die gemeenskaplike boedel behou asof dit nie reggestel is nie.

Die Romeinse tekste waarop Faber hom beroep, behandel nie die onderwerp van rektifikasie nie en bied net steun vir die argument dat laste nie aan derdes opgelê kan word nie (*D* 20 4 9 1), dat die uitoefening van openbare regte nie ander moet skaad nie (*D* 43 8 2 10) en die stelling dat die tweede pandhouer se regte voorgaan as die eerste pandhouer se regte eers na die vestiging van eers-

genoemde se regte voltooi word (*D* 20 4 11). Daar is dus geen duidelike Romeinsregtelike steun vir die standpunt van Faber nie. Mens kan gevolglik tot die slotsom kom dat die reg slegs so ver strek as om derdes wat reeds regte verkry het, te beskerm indien ander later ten aansien van dieselfde saak beweer dat hulle regte verkry het. Faber se uitbreiding van die reg sodat regstellings van huweliksvoorwaardeskontrakte derdes nie skaad nie, is egter wel aanvaarde reg wat ook in die moderne regspraktyk aanvaar word. Die basis is skynbaar dat die huweliksvoorwaardeskontrak slegs derdes bind vir sover dit aan hulle kenbaar was (hedendaags geregistreer is).

Die verwysing na die Amerikaanse *Restatement* leer ons niks aangaande ons eie reg nie, maar bevat wel inligting wat in 'n regsvergelykende studie van nut kan wees. Dit word hieronder in paragraaf 6 behandel.

Na aanleiding van die voorgaande kan gesê word dat die regspraak kennis geneem het van die moontlikheid dat rektifikasie die regte of belange van derdes in die gedrang kan bring. Daar is verder gegaan en te kenne gegee dat rektifikasie in sekere gevalle geweier moet kan word ten einde geregtigheid aan derdes te laat geskied. Die howe het hulle in besliste en ongekwalifiseerde taal hieroor uitgelaat sonder om die vraag na die omvang van die derde se beskerming en die *ratio* daarvoor duidelik te ondersoek. Herhaalde *obiter dicta* sonder 'n sodanige ondersoek het uiteindelik gelei tot die aanname dat daar wel so 'n ongekwalifiseerde beskerming in die reg bestaan, maar hierdie aanname is onbewese, ongemotiveerd en onafgebaken.

**3** Die leerstuk van rektifikasie word in die Suid-Afrikaanse reg gewoonlik geregverdig met 'n beroep op die *exceptio doli* (soos in die *Weinerlein*-saak). Hierdie term kan verwys na die *exceptio doli specialis* of die *exceptio doli generalis*.

Eersgenoemde is verleen op besondere gronde wat die reg erken ten einde die aanspraak van die eiser af te wys. Alhoewel daar gesê kan word dat die verweer in die bepaalde gevalle op grond van die billikheid geskep is, word daar geen verweer verleen na gelang die regter in die saak van oordeel is dat dit billik is om dit te doen nie, dog slegs as die bepaalde gronde wat die reg erken, aanwesig is. Laasgenoemde is 'n besondere verweer wat die *praetor* verleen het om 'n aksie te ontsê as hy van oordeel was dat dit in die omstandighede nie geregverdig is nie, maar dit het in die moderne reg in onbruik verval. Alhoewel die leerstuk van rektifikasie dan geregverdig word met 'n beroep op die *exceptio doli* bied hierdie feit geen regverdiging vir die beskouing dat rektifikasie 'n remedie is wat die regter kan verleen of weier na gelang hy meen dat dit billik is om die een of ander koers in te slaan nie. Die regter het dus geen diskresie om derdes billikheidshalwe te beskerm deur rektifikasie te weier nie as die weieringsreg nie as deel van die reg insake rektifikasie aanvaar word nie.

**4** Die leerstuk van estoppel is een van algemene toepassing en estoppel kan opgewerp word telkens as al die elemente daarvan aanwesig is. Die strekking daarvan is dat iemand wat skuldig en wederregtelik 'n skyn verwek het, verhinder kan word om hom op die waarheid te beroep teenoor iemand wat op die skyn

vertrou het en vanweë sy vertroue daarop tot sy nadeel gehandel het. Estoppel raak in die onderhawige verband nie die verhouding tussen die partye by die ooreenkoms nie, en die een party kan hom dus nie op estoppel beroep ten einde die aansoek om rektifikasie deur die ander te verydel nie. Estoppel werk wel ten gunste van *bona fide*-derdes indien hulle inderdaad deur die skyn mislei is en daar aan die ander vereistes vir estoppel voldoen is. Dit sou net rektifikasie kon raak as die derde inderdaad die ooreenkoms soos dit opgeteken is, gesien het, of van die inhoud daarvan kennis gedra het en sy kennis hom mislei het om tot sy nadeel te handel. Verder sou daar waarskynlik skuld aan die kant van die misleier bewys moet word en sou die leerstuk dan slegs teen die skuldige misleier geld.

**5** By wyse van regsvergelyking word daar vervolgens kortliks gelet op die posisie in die reg van Engeland en die VSA.

Volgens die Engelse reg kan rektifikasie ook toegestaan word teenoor derdes (Chitty *on Contracts* bd 1 1977 par 329). Daar is egter wel 'n beperking wat Chitty (*loc cit*) soos volg stel:

> "[A] conveyance will not be rectified as against a purchaser for value of a legal or equitable interest claiming under a deed in good faith and without notice of the mistake."

Dus: as daar reeds 'n oordrag plaasgevind het, sal die oordrag slegs gerektifiseer kan word teen 'n *mala fide*-koper of 'n verkryger om niet, maar nie teen 'n verkryger vir waarde wat ook nog te goeder trou is nie. Treitel (*The Law of Contract* 1978 237) beperk die uitsondering nie tot gevalle waar daar 'n oordrag was nie en gevolglik moet die formulering van die uitsondering aan die bronne getoets word.

In *Bell v Cundall* (1750) Amb 101 is daar aansoek gedoen vir die rektifikasie van "a common recovery of a copyhold estate" en die aansoek word geweier sonder dat die redes daarvoor in die verslag vermeld word. Volgens die feite blyk dit egter dat iemand vanweë die fout in die dokument besit van die betrokke saak verkry het en dit aan 'n *bona fide*-derde verkoop het.

In *Leuty v Hillas* (1858) 2 De G & J 110 (44 ER 929) het 'n koper oordrag verkry van meer as dit wat hy kragtens die werklike koopkontrak gekoop het en die koper is gevolglik beveel om die deel wat hy onverskuldig ontvang het, terug te gee ooreenkomstig die werklike ooreenkoms tussen die koper en verkoper, nieteenstaande die feit dat derdes 'n belang daarby mag gehad het.

In *Garrard v Frankel* (1862) 30 Beav 445 (54 ER 961) is 'n aansoek vir die rektifikasie van 'n huurkontrak om die huurgeld te verhoog, verwerp nadat daar 'n oordrag van die huur aan derdes plaasgevind het en wel omdat hulle "purchasers for value without notice" was.

In *Craddock Brothers v Hunt* (1923) 2 Ch 136 is daar ook aansoek gedoen vir die rektifikasie van 'n kontrak nadat die grond waarop dit betrekking gehad het, oorgedra is aan 'n derde wat van die aanspraakmaker se titel kennis gedra het. Die aansoek is toegestaan. Die hof hou hom in sy uitspraak besig met talle

verwante en voortspruitende vrae en laat hom nie spesifiek uit oor rektifikasie waar die regte van derdes in gedrang kom nie.

Uit die voorgenoemde vonnisse is dit duidelik dat waar daar reeds 'n oordrag ("conveyance") plaasgevind het van die een party na die ander en dan van die verkryger na 'n derde daardie *conveyance* wel reggestel kan word as die derde kennis van die feite gedra het of as hy 'n verkryger om niet was, maar dat die oordrag nie reggestel word as die derde 'n *bona fide*-verkryger vir waarde is nie. Daar kan verder verklaar word dat die kontrak nie gerektifiseer sal word as die een party voorgegee het om die regte wat uit die skriftelike stuk blyk aan 'n *bona fide*-verkryger vir waarde oor te dra nie. In hierdie gevalle word die skyn dat die vervreemder op die goedere geregtig is, of dat hy sekere regte het, teenoor die derde gehandhaaf. Daar is egter geen algemene beletsel teen rektifikasie net omdat die posisie van derdes in die gedrang kan kom nie so lank as wat die eis vir rektifikasie tussen die oorspronklike partye uitgemaak moet word en die betrokke derdes geen oordrag van enigiets ontvang het nie.

**6** In die Amerikaanse bronne is die stellings baie algemener en onduideliker as in die Engelse bronne hierbo behandel. Die *American Restatement of the Law of Contracts* (vol 2 1932) par 504 laat rektifikasie toe –

> "if innocent third parties will not be unfairly affected thereby."

Ter illustrasie word 'n geval genoem waar A geld leen en dan 'n promesse en 'n verband aan B (die uitlener) gee en B die verband aan C wat te goeder trou is vir waarde oordra. A word nie toegelaat om die verband te laat rektifiseer deur sekere afsprake tussen hom en B waarop daar inderdaad ooreengekom is maar wat uit die verbandakte weggelaat is, in te voeg nie (vermoedelik na aanleiding van die beslissing in *Dunham v Steele Co* 100 Mich 75, 58 NW 627).

Williston (*A Treatise on the Law of Contracts* vol 13 1970 par 1548) verklaar:

> "Nor will equity reform a contract where acquired rights of *bona fide* purchasers for value would be destroyed."

Uit die meegaande voetnoot is dit duidelik dat rektifikasie wel moontlik is al affekteer dit derdes mits hulle nie *bona fide*-kopers is nie. Volgens die teks is skuldeisers nie *bona fide*-kopers wat beskerming geniet nie en kan rektifikasie wel hulle regsposisie verander.

Die *Corpus Juris Secundum* (vol 76 par 58) verklaar:

> "An instrument may be reformed as against subsequent purchasers and mortgagees unless . . . they are innocent purchasers or mortgagees for value and without notice of the right to reformation."

Verder aan word verklaar:

> "As a general rule an instrument may be reformed as against an assignor where it might be reformed against his assignor . . . but it has also been held that an instrument may not be reformed as against an assignee for value without notice."

Laasgenoemde standpunt geld blykbaar reeds in die regspraak in Florida en Kentucky. In paragraaf 59 word die geval van die *bona fide*-koper behandel ter bevestiging van wat reeds vermeld is.

Hierdie bronne regverdig ook die afleiding dat rektifikasie moontlik is nieteenstaande die feit dat dit die belange van derdes kan raak. Daar word dan uitsonderings gemaak, skynbaar op grond van die billikheid, ten gunste van *bona fide*-kopers (verkrygers vir waarde) en sessionarisse ("assignees"). Die enigste onduidelikheid is of die *bona fide*-kopers reeds oordrag moes verkry het alvorens hulle beskerming geniet. Daar moet gewaak word daarteen om woorde in die mond van die vreemde reg se skrywers en bronne te lê, maar die verwysing van Williston na "acquired rights" kan maklik verstaan word as 'n aanduiding dat die derde eers beskerm word as hy iets, naamlik oordrag van die geaffekteerde saak, verkry het.

7 Dit is baie duidelik dat hierdie onderwerp een is waar daar versigtig oorweeg moet word voordat daar sonder onderskeiding gewig geheg word aan die *dicta* van die Suid-Afrikaanse regspraak. Die kwalifikasie in verband met die regte van derdes het 'n enge geldingsgebied in die gemenereg gehad en dit blyk dat sy omvang in die Anglo-Amerikaanse reg nie noodwendig so wyd is as wat sommige uitlatings skyn te suggereer nie. Weeramantry (*The Law of Contracts* vol 1 par 299) is dus onversigtig wanneer hy verklaar:

> "It would appear that this remedy (naamlik rektifikasie) is not available to the prejudice of third parties."

Dit kom net so voor. Daar is egter gevalle waar dit nie so is nie, naamlik waar die derde ooreenkomstig die werking van die kennisleer die regte van die party wat rektifikasie eis, moet eerbiedig. Die *mala fide*-derde en die verkryger om niet word nie beskerm nie. Slegs die *bona fide*-verkryger vir waarde word beskerm. En na aanleiding van die behandeling hierbo word daar ter oorweging gegee dat die beskerming nog baie meer beperk is, en wel soos volg:

a As die regte wat uit die skriftelike kontrak blyk aan 'n *bona fide*-derde vir waarde gesedeer is, kan rektifikasie moontlik uitgesluit wees as 'n beroep op estoppel van pas sou wees.
b As een van die partye ingevolge die kontrak meer ontvang het as waarop hy geregtig is, of minder oorgedra het as waartoe hy verplig is, en die betrokke party dan dit wat hy gekry het of dit wat hy behou het aan 'n *bona fide*-derde vir waarde oorgedra het, kan die kontrak nie gerektifiseer word met die doel om die derde met kennis van die ware inhoud van die kontrak te fikseer sodat dit wat hy ontvang het van hom gevorder kan word nie.
c Waar die een party slegs 'n kontrak gesluit het om dit waarop hy geregtig is, of ontvang het, of behou het ingevolge die kontrak soos dit op skrif gestel is, te vervreem, kan die kontrak wel gerektifiseer word tot die nadeel van iemand met wie daardie persoon 'n kontrak aangegaan het vir die vervreemding van dit wat hy het of ingevolge die dokument gaan kry.

d Daar kan moontlik 'n uitsondering op die bogenoemde bestaan waar die partye by die oorspronklike kontrak deur die werking van estoppel verhinder word om teenoor die derde die ware ooreenkoms te opper. Hiervoor word vereis 'n wanvoorstelling (naamlik 'n voorstelling dat die skrif die volle en ware ooreenkoms tussen die partye is), skuld en misleiding, gevolg deur 'n handeling tot die derde se nadeel. 'n Derde wat nie die oorspronklike kontrak gelees het of die inhoud daarvan verneem het nie, kan hom nie op misleiding beroep nie. 'n Derde wat die kontrak wel gesien het, kan hom desnieteenstaande ook nie op estoppel beroep nie as die kontrak nêrens voorgee om die ware en volledige ooreenkoms te wees nie. Hy mag mislei wees deur die "oneerlike" party wat vervreem of onderneem om te vervreem dit waarop hy nie geregtig is nie. Die vraag is egter of hy sy verkeerde voorstelling kan handhaaf teen die ander kontraksparty wat hom nie mislei het nie en wat nie enige skuld het nie. Die antwoord behoort ontkennend te wees.

DJ JOUBERT
*Universiteit van Pretoria*

## ASPEKTE VAN DIE REG INSAKE NOTARIËLE VERBANDE

Geskille rakende notariële verbande kom gereeld voor ons howe en in die literatuur wat oor sekerheidstelling en veral oor insolvensie handel, word altyd ruimte aan hierdie vorm van sekerheidstelling afgestaan. Die skrywers poog meestal om die hele onderwerp te bestryk. Gesien die hoë gebruiksfrekwensie van hierdie vorm van saaklike sekerheidstelling in 'n dinamiese, toenemend markgerigte ekonomie, lyk dit egter nuttig om 'n slag enkele besondere vrae aan die orde te stel. Met hierdie aantekening wil gepoog word om aan die besinning oor hierdie aktuele onderwerp mee te doen. Ten aanvang moet eers gestel word wat vandag seker as algemene kennis aangemerk sal word:

Die reghebbende ingevolge 'n notariële verband is nie 'n versekerde skuldeiser van die verbandgewer nie. Sou laasgenoemde insolvent raak, val die betrokke roerende goed (of die opbrengs van die tegeldemaking daarvan) in die vrye oorskot van die boedel. Die notariële verbandhouer se vordering word dan uit daardie vrye oorskot, indien enige, vir sover dit toereikend is, bevredig. Daarna kom die gewone skuldeisers eers aan die beurt. Die notariële verbandhouer geniet dus ten opsigte van die vrye oorskot voorrang bo laasgenoemdes. Indien die notariële verbandhouer egter deur lewering beheer oor die betrokke goed verkry, verwerf hy die sekuriteit en voorrang van 'n pandhouer.

Die posisie in Natal verskil van die voorgenoemde daarin dat ingevolge die Wet op Notariële Verbande (Natal) 18 van 1932 (arts 1 (1) en 2, saamgelees met artikel 2 van die Insolvensiewet 24 van 1936 *sv* "spesiale verband" en artikel 102 van die Akteswet 47 van 1937 *sv* "notariële verband") 'n notariële ver-

bandhouer in die versekerde posisie van 'n pandhouer is sonder om lewering te verkry. Dit geld slegs ten opsigte van roerende goed wat spesifiek in die verbandakte aangedui is en wat in Natal aanwesig is. 'n Sodanige notariële verbandhouer se sterk posisie word getemper deur die bepaling dat hy nie voorrang bo 'n verhuurder se stilswyende hipoteek geniet nie.

Hierdie dinge kan as geykte reg beskou word (kyk Wille *Mortgage and Pledge in South Africa* (1961) 54 e v; Mars (Hockly), *The Law of Insolvency in South Africa* (1968) registeraanwysing "special bond over movables;" De Wet en Yeats (De Wet en Van Wyk) *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1978) registeraanwysing "notariële verband;" Kahn *Contract and Mercantile Law through the Cases* (1971) 995–999; Van der Merwe *Sakereg* (1979) 474 e v).

Na aanleiding van die voorgaande, word in hierdie aantekening vyf vrae aan die orde gestel, te wete:

1 Is 'n notariële verbandhouer 'n sogenaamde preferente skuldeiser of nie?
2 Moet 'n notariële verbandhouer besit van die goed verkry om 'n versekerde skuldeiser te word?
3 Tree die notariële verbandhouer wat beheer oor die betrokke goed verkry, werklik in die skoene van 'n pandhouer?
4 Hoe moet 'n notariële verbandhouer in beheer van die betrokke goed, met betrekking tot sy plig om tot sekwestrasiekoste by te dra, behandel word?
5 Is daar 'n leemte in artikel 106 van die Insolvensiewet 1936 met betrekking tot notariële verbandhouers?

**1** Die vraag of 'n notariële verbandhouer 'n voorrangskuldeiser ("preferente skuldeiser" in die taal van die wetgewer) in geval van bankrotskap van die verbandgewer is, behoort geen probleem op te lewer nie. Tog kan daar, hoofsaaklik as gevolg van losse taalgebruik, onsekerheid hieroor ontstaan. In die meeste bronne word notariële verbandhouers onder die voorrangskuldeisers ingedeel (bv Mars 352; De Wet en Yeats 492 e v; Wunsh "What Rights of Preference are enjoyed by a Special Notarial Bond?" 1960 *THRHR* 112–115; *Vrede Koöp Landboumaatskappy Bpk v Uys* 1964 2 SA 283 (O) 285). Ander weer stel dit dat notariële verbandhouers normaalweg "geen preferensie" geniet nie (bv Delport en Olivier *Sakeregvonnisbundel* (1981) 432). Ofskoon die verskil tussen hierdie benaderings waarskynlik gegrond is in die betekenis wat aan die woorde "preferent/preferensie" geheg word, kan albei die benaderings tog nie korrek wees nie.

Artikel 2 van die Insolvensiewet omskryf wel "preferensie" en "preferent," maar daardie omskrywing werp nie lig op die onderhawige kwessie nie. Uit die omskrywing van "sekuriteit" en "vrye oorskot" in dieselfde artikel kan nietemin 'n afleiding gemaak word van wat die wergewer nie met preferensie bedoel nie. Dit is naamlik daaruit duidelik dat voorrang ("preferensie" in die taal van die wetgewer) beslis nie uitsluitend uit hoofde van 'n spesiale verband, verhuurder se stilswyende hipoteek, pand of retensiereg kan ontstaan nie. Die

blote feit dat 'n notariële verbandhouer nie 'n versekerde skuldeiser is nie, beteken tog allermins dat hy ook nie 'n preferente of voorrangskuldeiser kan wees nie (vgl Van der Merwe 474–475 se versigtige formulering hiervan). Om te sê dat 'n notariële verbandhouer sonder beheer oor die goed geen preferensie geniet nie, is dus na my mening verkeerd en berus waarskynlik op 'n oorbelade betekenis wat aan die begrip "preferensie" of "voorrang" gegee word.

2 Die vraag is of 'n notariële verbandhouer *besit* van die goed moet verkry om 'n versekerde skuldeiser te word, soos so algemeen meegedeel word in die bronne.

Om slegs enkele plekke te noem waar gesê word dat besit/"possession" wel die toepaslike vereiste is, kan verwys word na Wille 126; Van der Merwe 474; *Vrede Koöp Landboumaatskappy v Uys* t a p.)

In *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A) gebruik waarnemende appèlregter Hoexter weliswaar die uitdrukking "delivery of possession" (611 H) om die leweringsvereiste vir daarstelling van pandreg te beskryf. Daar kan desondanks geen twyfel daaroor bestaan dat die regter daaronder nie besit (*possessio civilis*) bedoel het nie, maar wel wat hy noem "actual possession" van goed, wat onontbeerlik vir pandgewing is (612 C-D). Nog duideliker stel hy dit as hy sê (611 *in fin*):

> "Essential not only to the valid constitution of a pledge but also to its effective retention by the pledgee is natural possession of the article pledged by the pledgee."

Dit is dus baie duidelik dat daar vir die totstandkoming en uitoefening van pandreg slegs die beheersvereiste gestel word.

Indien dit verder so is dat 'n notariële verbandhouer wat lewering van die betrokke goed verkry se posisie dermate versterk word dat hy naastenby met 'n pandhouer se regte beklee word, kan nie aanvaar word dat vir hom besit vereis word terwyl terwyl beheer vir die pandhouer voldoende is nie. Liewer as om te volstaan met 'n formulering wat *lewering* aan die notariële verbandhouer verg, moet dus gesê word wat oorgedra moet word: besit of beheer? (Voorbeelde van formulerings wat skynbaar nie kant wil kies nie, is te vinde in Mars 352; Delport en Olivier 432–433.) Die regstegniese uitdrukkings "besit" en "beheer" of "houerskap" kan, as hulle losweg in buite-juridiese betekenisse gebruik word, tot onnodige verwarring lei. Om dit te help voorkom is altyd nodig. Verder blyk dit nodig te wees om ten ene male duidelik te sê dat beheer aan die notariële verbandhouer oorgedra moet word om van hom 'n versekerde skuldeiser te maak – en nie besit nie.

3 Wat betref die vraag of die notariële verbandhouer wat beheer oor die betrokke goed verkry, werklik die mantel van 'n pandhouer ontvang, word daar in verskillende bronne bevestigende stellings op hierdie vraag aangetref (bv Wille 126; Delport en Olivier 432; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Affinity (Pty) Ltd* 1983 1 SA 79 (K) 84E). Hieroor moet egter dieper gedelf word.

Ten aanvang moet in gedagte gehou word dat dit in ons gemenereg vryelik voorkom dat pand en verband onder pand (in 'n wyer sin) saamgevat word (verwysings in Wille 1–5). Dit beklemtoon die feit dat in albei gevalle met saaklike sekerheidstelling te doen gekry word. By alle ooreenkomste tussen pand en verband, word hulle vandag op grond van twee faktore van mekaar onderskei, te wete hoe hulle tot stand kom, en of die betrokke goed roerend of onroerend is (Wille 5). Een van die verskille tussen pand en verpand is dat die pandhouer beheer oor die beswaarde goed moet verkry en behou, terwyl die betrokke goed in geval van 'n verband in beheer van die verbandgewer bly. Dientengevolge verbaas dit nie dat 'n notariële verbandhouer in beheer van die betrokke goed in hierdie opsig nie van 'n pandhouer te onderskei is nie.

Uit die pasgenoemde kan myns insiens nie afgelei word dat 'n notariële verbandhouer in beheer van die goed 'n pandhouer is nie. Die verskille wat daar met betrekking tot hulle totstandkoming bestaan, moet nie uit die oog verloor word nie. Artikel 61(1) van die Akteswet bevat konstitutiewe voorskrifte vir die totstandkoming van notariële verbande wat voorrang by insolvensie van die verbandgewer sal verleen (Wille 122; *Kuhne & Nagel (Pty) Ltd v Elias* 1979 1 SA 131 (T) 134E). Die vraag in die saak van *Kuhne & Nagel* – of die formaliteitsvoorskrif in artikel 61(3) *inter partes* gebiedend of aanwysend is – raak nie die onderhawige argument nie. Vir pandgewing word in elk geval geen vormvoorskrifte gestel benewens die beheervereiste nie. Die blote feit dat 'n notariële verbandhouer beheer oor die betrokke goed verkry, kan dus nie meebring dat hy nie meer aan die voorafgaande vormvoorskrifte hoef te voldoen het nie. Sy notariële verbandakte sou vir hom 'n geldige aanspraak op lewering van die goed moes verleen het alvorens gesê kan word dat hy deur lewering te ontvang sy posisie teenoor ander skuldeisers by insolvensie kan verstewig. Om hieroor anders te oordeel, sou myns insiens strydig wees met die wetgewer se bedoeling.

Nie alleen word in artikel 61(1) die gebiedende vorm "moet" gebruik nie (dat dit alleen nie deurslaggewend is nie, blyk uit die hof se uitleg van "moet" in artikel 61(3) in die *Kuhne & Nagel*-saak), maar aan nie-nakoming kleef die onbetwyfelbare sanksie dat 'n notariële verband wat nie notarieel verly en geregistreer is nie, geen voorrang by insolvensie verleen nie. (Vgl ook arts 81(b) en 102 van die Akteswet.) Dit kom dus daarop neer dat 'n skuldeiser wat langs die omweg van 'n notariële verband gevolg deur verkryging van beheer 'n versekerde skuldeiser wil word, aan die statutêre voorskrifte ten aansien van notariële verbande en die gemeenregtelike vereiste van beheerverkryging en -behoud sal moet voldoen.

Ongetwyfeld hou die pasgestelde gevolgtrekking vir die betrokkene 'n omslagtigheid in. Sonder voordeel vir hom is dit egter nie noodwendig nie. 'n Voor-die-hand-liggende voordeel daarvan om die omslagtige weg te volg, is dat so 'n notariële verbandhouer, al verloor hy agterna weer beheer oor die goed – anders as 'n pandhouer wat sy beheer kwyt raak – as notariële verbandhouer steeds by insolvensie voorrang bo die gewone skuldeisers sal geniet.

Die waarheid is dus nie dat 'n notariële verbandhouer wat beheer oor die

goed verkry het, in dieselfde toestand as 'n pandhouer geraak nie (kyk hierbo en ook *Barclays National Bank Ltd v Natal Fire Extinguishers Manufacturing Co (Pty) Ltd* 1982 4 SA 650 (D) 656C–D). Die notariële verbandhouer wat beheer verkry, behou sy voordele as notariële verbandhouer, welke bedonge voordele voor insolvensie aansienlik mag wees en waarby nog na insolvensie bedonge gemeenregtelike en statutêre voordele bykom; daarbenewens kom hy vir die duur van sy beheer oor die goed as versekerde skuldeiser in 'n baie sterk sekuriteits- en voorrangposisie te staan. In der waarheid verkeer 'n notariële verbandhouer in beheer van die goed dus in 'n aanmerklik gunstiger posisie as 'n pandhouer.

Die voorgaande redenasie lei, terloops, tot die verdere slotsom dat waar nie aan die vereistes vir 'n notariële verband voldoen is nie (en daar gevolglik geen voorrang by insolvensie uit die verband ontstaan nie), maar die betrokke skuldeiser voor insolvensie beheer oor die goed verkry, hy as 'n gewone pandhouer behandel moet word. Die ooreenkoms tussen die skuldenaar en skuldeiser mag dus vanweë nie-nakoming van die betrokke voorskrifte nie 'n notariële verband daarstel nie, maar kan steeds, indien dit gevolg word deur lewering, pandgewing teweegbring.

Sommige notariële verbandhouers wat statutêr geag word pandhouers te wees, verkeer weer in 'n swakker posisie as gewone pandhouers. Dit is naamlik waar die Wet op Notariële Verbande (Natal) aanwending vind. Hierbo is aangeteken dat die voorrangposisie van dergelike notariële verbandhouers aan die stilswyende hipoteke van verhuurders onderhewig gestel word. Hierteenoor geniet 'n gewone pandhouer (wat in beheer van die goed moet wees) uiteraard voorrang bo 'n verhuurder met sy stilswyende hipoteek (wat eers by insolvensie ten opsigte van die agterstallige huurgeld ontstaan – art 85 van die Insolvensiewet). Normaalweg kan daar dus geen kwessie wees oor wie van 'n pandhouer of die verhuurder van 'n pandgewer se perseel by insolvensie voorrang geniet nie (kyk ook De Wet en Yeats 500).

As gevolg van die bepaling in artikel 2 van die Natalse wet dat lewering nie nodig is om aan die notariële verbandhouer die saaklike reg van 'n pandhouer te verleen nie, is die moontlikheid van dispute egter geskep. Die wetgewer het die knoop deurgehak deur die notariële verbandhouer, al geniet hy die saaklike sekerheid van 'n pandhouer, in 'n nadeliger voorrangposisie as 'n pandhouer te plaas.

**4** Die feit dat 'n notariële verbandhouer wat beheer oor die betrokke goed verkry het, nie daarmee ophou om 'n notariële verbandhouer te wees nie en slegs vir die duur van sy beheer ook as versekerde skuldeiser kan optree, het besondere betekenis vir so 'n skuldeiser se plig om tot die eventuele sekwestrasiekoste by te dra.

'n Notariële verbandhouer is normaalweg aanspreeklik vir 'n bydrae tot die sekwestrasiekoste in geval van insolvensie (Mars 388). Die versekerde skuldeisers loop geen algemene bydraeplig tot die sekwestrasiekoste op nie (vgl arts 89(1), 89(2), 96(4) en 106(a) en (b) van die Insolvensiewet; Mars 386–389; De

Wet en Yeats 503). Die vraag is nou hoe 'n notariële verbandhouer in beheer van die betrokke goed met betrekking tot sy bydraeplig behandel moet word.

Uit hoofde van die feit dat 'n notariële verbandhouer in beheer van die goed 'n versekerde skuldeiser is, kan gesê word dat hy as sodanig slegs die bydraeplig van 'n versekerde skuldeiser sal oploop. Het hy voor die skuldenaar se insolvensie sy beheer verloor, sal hy steeds die algemene bydraeplig van 'n onversekerde skuldeiser dra.

Met die oog op beperking van sy bydraeplig kan 'n notariële verbandhouer in beheer van die goed, synde 'n versekerde skuldeiser, by bewys van sy vordering die verklaring ingevolge artikel 89(2) van die Insolvensiewet aflê. So 'n verklaring lui dat die skuldeiser hom vir voldoening aan sy vordering uitsluitend op sy sekuriteit verlaat. Dit het tot gevolg dat so 'n skuldeiser (wat nie die petisionaris in die insolvensieverrigtinge mag wees nie – vgl art 14(3)) slegs aanspreeklik is vir die koste van tegeldemaking van die betrokke goed ingevolge artikel 89(1) en vir 'n eweredige bydrae tot die koste in die uitsonderingsgevalle waarvoor artikel 106(a) en (b) voorsiening maak. Sodoende kan die notariële verbandhouer in beheer van die goed inderdaad sy bydraeplig tot die minimum beperk.

'n Vraag wat in hierdie verband opduik, is hoe 'n notariële verbandhouer in beheer van die goed se bydraeplig ingevolge artikel 89(1) benader sal word waar hy 'n verklaring soos bedoel in artikel 89(2) afgelê het en daar 'n ontoereikende opbrengs deur die tegeldemaking van daardie goed opgelewer is om die koste van die tegeldemaking te dek. Ingevolge artikel 89(1) kan die koste in dergelike omstandighede eweredig verhaal word van skuldeisers wat kragtens spesiale verband, 'n verhuurder se stilswyende hipoteek, pand of 'n retensiereg ten opsigte van die opbrengs van die betrokke goed voorrang sou geniet het as daar iets oor was nadat die koste gedek is. 'n Notariële verbandhouer ingevolge die Natalse wet is 'n spesiale verbandhouer (kyk art 2 van die Insolvensiewet *sv* "spesiale verband") en word dus deur artikel 89(1) getref. Ander notariële verbandhouers in beheer van die goed val nie in een van die kategorieë nie. Dit lei tot die slotsom dat sodanige versekerde skuldeisers nie ingevolge artikel 89(1) en (2) vir enige bydrae tot daardie tekort aanspreeklik is nie. Hierdie lyk na 'n leemte in die wet.

Hierdie leemte in die Insolvensiewet kan nie langs die weg van wetsuitleg aangevul word nie. Die wetgewer noem as die potensiële aanspreeklikes in die onderhawige tipe geval vier klasse versekerde skuldeisers by name. Daar is geen manier waarop 'n vyfde daarby ingelees kan word nie. In die lig van die definitiewe verskille tussen 'n pandhouer en 'n notariële verbandhouer in beheer van die goed se regsposisie (kyk hierbo), kan ook nie so 'n uitgebreide uitleg aan pand gegee word dat dit ook notariële verband met beheer insluit nie. Dit sou eens te gekunsteld raak. Die enigste uitweg in 'n geval waaroor die Insolvensiewet swyg, is om na die gemenereg te gaan (Mars 8 en gesag daar aangehaal). Tensy daar 'n ander uitkoms is, lyk dit na die aangewese ding om te doen totdat die wetgewer die leemte ondervang.

Kan die probleem met artikel 89(1) se stilswye oor notariële verbandhouers

in beheer van die goed nie opgelos word aan die hand van ander bepalings van die wet nie? Artikels 97(1) en (2)(c) van die wet handel oor aanwending van die vrye oorskot om die sekwestrasiekoste te dek, maar sluit uitdruklik die koste bedoel in artikel 89(1) daarvan uit. Dit bied dus geen antwoord op die vraag of 'n sodanige verbandhouer vir 'n gedeelte van die koste van tegeldemaking aanspreeklik is nie.

Artikel 106 van die Insolvensiewet reël dat sekere skuldeisers moet bydra om die sekwestrasiekoste te betaal waar die vrye oorskot ontoereikend daarvoor is. Dit geld egter slegs vir skuldeisers wat hulle vorderings bewys het, of vir 'n skuldeiser wat die petisionaris in die insolvensieverrigtinge is – al het hy nie sy vordering bewys nie (art 14(3)). Skuldeisers sonder enige voorrang is dan aanspreeklik eweredig tot hulle vorderings en versekerde skuldeisers eweredig tot die gedeelte van hulle vorderings waarvoor hulle voorrang met betrekking tot enige vrye oorskot sou geniet het (kyk ook De Wet en Yeats 503). Aangesien 'n notariële verbandhouer in beheer van die goed 'n versekerde skuldeiser met voorrang ten opsigte van enige vrye oorskot is, maak die artikel wel voorsiening vir 'n basis waarop so iemand se bydrae ingevolge artikel 106 bereken kan word. Maar is 'n bydrae tot die koste van tegeldemaking ingevolge artikel 89(1) in artikel 106 aan die orde? Die wetgewer het in artikel 106 bloot 'n reëling getref vir die geval waar geen vrye oorskot is nie of waar die vrye oorskot ontoereikend is om die sekwestrasiekoste ingevolge artikel 97 te dek. Soos hierbo gesê, sluit artikel 97 die koste van tegeldemaking ingevolge artikel 89(1) uitdruklik uit. Dit hou dus in dat die tegeldemakingskoste, wat nie van 'n notariële verbandhouer in beheer van die goed verhaal kan word nie omdat artikel 89(1) oor daardie kategorie versekerde skuldeisers swyg en artikel 106, deur te verwys na artikel 97, in elk geval daardie koste uitsluit, ongedek bly. Artikel 106 los dus ook nie die probleem op nie. Die punt is dat tegeldemakingskoste van beswaarde goed òf uit die opbrengs van daardie goed, òf van die betrokke skuldeiser, mits hy in een van die gemelde kategorieë val, verhaal moet word. Om te voorkom dat die praktyk billikheidshalwe 'n notariële verbandhouer in beheer van die goed vir die verhaal van die tegeldemakingskoste wat nie uit die opbrengs van die goed gedek word nie, eenvoudig (verkeerdelik) as 'n pandhouer behandel, behoort die wetgewer artikel 89(1) uit te brei deur by die kategorieë versekerde skuldeisers daar vermeld ook notariële verbandhouers in beheer van die goed in te voeg.

5 Terloops kan daarop gewys word dat artikel 89(1) waarskynlik nie die enigste is wat 'n leemte met betrekking tot notariële verbandhouers bevat nie. Soos gesê, maak artikel 106 in gepaste gevalle daarvoor voorsiening dat "alle skuldeisers" in sekere verhoudings tot die sekwestrasiekoste moet bydra. Meer spesifiek word dan tussen skuldeisers sonder voorrang en versekerde skuldeisers met voorrang ten opsigte van die vrye oorskot onderskei. Die vraag is nou waar notariële verbandhouers wat nie beheer oor die betrokke goed het nie, inpas. Skuldeisers *sonder voorrang* is sodanige notariële verbandhouers beslis nie (kyk hierbo) en *versekerde* skuldeisers is hulle kennelik ook nie. Die voorbehoudsbe-

paling in artikel 106(b) met betrekking tot die bydraeplig van skuldeisers wat hulle vorderings terugtrek, voer die saak selfs vir daardie gevalle nie verder nie. Daardie voorbehoud verwys vir bepaling van die bydraeplig na artikel 51(1) – wat vir die verhouding van die bydrae na artikel 106 terugverwys! Daar is reeds daarop gewys dat laasgenoemde artikel geen verhouding of bydrae deur onversekerde voorrangskuldeisers voorskryf nie. Dit lyk inderdaad of daar in artikel 106 'n leemte bestaan met betrekking tot die bydraeplig van 'n onversekerde skuldeiser met 'n voorrang teenoor ander skuldeisers ten opsigte van die vrye oorskot, want dit is wat 'n notariële verbandhouer sonder beheer oor die betrokke goed is.

CFC VAN DER WALT
*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

HUGO DE GROOT-ARGIEF

*Die bestuur van die Vereniging Hugo de Groot het besluit om 'n Hugo de Groot-argief, wat by die Universiteit van Pretoria gehuisves sal word, tot stand te bring. Die oogmerk is om dokumente en ander stof wat betrekking het op die* Tydskrif, *die Vereniging Hugo de Groot en die ou skrywers te versamel. Nadere besonderhede kan van* Prof SR van Jaarsveld *van die Universiteit van Pretoria bekom word.*

# VONNISSE

## S v DANIËLS 1983 3 SA 275(A)

*Kousaliteit – beginsel of beleid?*

Die twee appellante, twee broers, is in die Kaapse afdeling van die hooggeregshof skuldig bevind aan moord en sekere verdere aanklagte. Beide is vir die moord ter dood veroordeel. Die hof het bevind dat beide appellante in 'n huurmotor gery het en dié laat stilhou het op 'n grondpad naby Botrivier. Eerste appellant en die huurmotorbestuurder het uitgeklim, 'n gesprek het ontstaan en die bestuurder het op die vlug geslaan. Eerste appellant het agter hom aangehardloop en hom van agter neergevel met twee pistoolskote deur die bors. Tweede appellant het, aldus die verhoorhof, by gekom, die pistool geneem en die sterwende bestuurder een keer deur die kop geskiet.

Die distriksgeneesheer wat die lykskouing waargeneem het, het getuig dat die dood veroorsaak is deur breinskade en hemothorax. Eersgenoemde is deur tweede appellant veroorsaak en laasgenoemde deur eerste appellant. Die geneesheer se getuienis is nie aangeval nie en is deur die hof aanvaar. Hy het getuig dat die dood gou na toediening van die kopwond ingetree het. Hy het voorts getuig dat die longwonde die dood sou veroorsaak het, selfs indien die kopwond nie toegedien was nie, maar dat die oorledene in daardie geval tot nog 'n halfuur kon gelewe het en dat sy lewe moontlik gered sou kon gewees het indien hy onmiddellik mediese behandeling sou ontvang het. Geen getuienis is gelewer dat sodanige hulp redelik moontlik onmiddellik beskikbaar was nie. Die dokter het ook gesê dat die kopskoot die *primêre* oorsaak van dood was.

Die verhoorhof het bevind dat die twee appellante met 'n gesamentlike opset gehandel het en derhalwe beide skuldig is aan moord. Die appèlafdeling het eerste appellant se skuldigbevinding en vonnis bekragtig en tweede appellant s'n tersyde gestel. Die motivering in laasgenoemde geval was dat hy redelik moontlik nie die kopskoot toegedien het of hoegenaamd enige aandeel aan die misdryf gehad het nie. Die redelike moontlikheid het egter bestaan dat hy dit wel gedoen het en moontlik heeltemal onafhanklik van eerste appellant (dit wil sê sonder *gemeenskaplike* doel) opgetree het. Hierdie redelike moontlikheid moes ten gunste van eerste appellant in die spel gebring word by die beoordeling van sy appèl.

Vyf regters, te wete appèlregters

Jansen, Trengrove en Botha, asook waarnemende appèlregters Nicholas en Van Winsen het die appèl aangehoor. Al vyf het uitsprake gelewer.

Appèlregter *Jansen* werk in sy uitspraak met die redelike moontlikheid dat tweede appellant onafhanklik van eerste appellant die kopskoot toegedien het. Hy bevind dat die borsskote wat deur eerste appellant toegedien is nie fisiologies gesproke tot die dood van die oorledene bygedra het nie (330H). Hierdie bevinding is in teenstelling tot die mediese getuienis dat die oorsaak van die dood breinskade *en* hemothorax was (vgl 312G). Die hemothorax was 'n fisiologiese doodsoorsaak of -meganisme en is veroorsaak deur eerste appellant se borsskote.

Hoe dit ook al sy, appèlregter Jansen bevind dat die borsskote *conditio sine qua non* vir die oorledene se dood was, aangesien hy nie sou geval en in die kop geskiet sou gewees het as dit nie daarvoor was nie (332F). Die regter maak die volgende stellings (331B–D):

> "Daar kan weinig twyfel bestaan dat in ons regspraak die bepaling van 'feitlike' oorsaaklike verband op die grondslag van die *conditio sine qua non* geskied . . . Aan die ander kant is dit ook duidelik dat 'n dader nie aanspreeklik gestel behoort te word vir alle gevolge waarvan sy handeling 'n *conditio sine qua non* is nie . . . Beleidsoorwegings verg dat iewers 'n grens gestel moet word."

Die regter gaan dan voort en ondersoek ons regspraak en regsgeskrifte ten einde die aard van hierdie grens te bepaal. Hy kom tot die gevolgtrekking dat daar skynbaar geen eenstemmigheid onder die skrywers is nie (332A). Hy ondersoek die moontlikheid dat 'n *novus actus interveniens* as synde 'n "onverwagte, abnormale of buitengewone tussentredende gebeurtenis" (soos deur Snyman *Strafreg* 55 beskryf) 'n moontlike grens kan wees. Hy bevind egter dat dit twyfelagtig is of so 'n *novus actus* noodwendig sal dien om 'n doodsveroorsaker se aanspreeklikheid op te skort en dat dit telkens 'n beleidsvraag sal wees of dit wel in 'n bepaalde geval as sodanig moet dien (332A).

Die regter verwys na die saak van *S v Masilela* 1968 2 SA 558 (A) en beslis dan in navolging daarvan dat 'n doodsveroorsaker aanspreeklik is vir sy daad al sou dit wees dat hy in dwaling verkeer het oor die kousale verloop. Hy beslis (332–333) dat eerste appellant aanspreeklik is vanweë die volgende redes:

> 1 "appellant [het] die opset gehad . . . om te dood en die dood het ingetree;"
> 2 "[d]ie skote deur eerste appellant was dodelik en sou in ieder geval tot die dood gelei het;"
> 3 "[v]olgens menslike ervaring het die skote deur die eerste appellant die algemene neiging gehad om in die normale loop van sake die dood deur 'n skietwond te weeg te bring;"
> 4 "[i]n die bepaalde omstandighede van die geval kom dit my voor dat geen beleidsoorwegings bestaan om die eerste appellant van aanspreeklikheid vir die gevolg . . . te onthef nie, maar dat dit regverdig en gewens sou wees om hom aanspreeklik te hou . . ."

Die regter bevind in hierdie laaste paragraaf nie uitdruklik dat tweede appellant se handeling 'n *novus actus interveniens* was nie, maar wel by implikasie. Sy aanvaarding van die feite,

beskou teen die agtergrond van Snyman se omskrywing van 'n *novus actus*, regverdig ook so 'n bevinding.

Waarnemende appèlregter Van Winsen werk soos appèlregter Jansen met die aanname dat tweede appellant redelik moontlik die kopskoot onafhanklik van eerste appellant toegedien het (312D). Hy sê die volgende (314A–B):

> "Ek vind dit, met respek, moeilik om my te vereenselwig met 'n stelling die uitwerking waarvan sodanig is dat waar een persoon aan 'n ander opsetlik wonde toedien wat die dood van sodanige persoon onvermydelik as gevolg sou hê slegs aan aanranding of poging tot moord skuldig bevind kan word omdat iemand anders daardie persoon daarna ook 'n noodlottige wond toegedien het wat dan as 'n *nova causa interveniens* aangemerk moet word."

Verder stem hy saam met appèlregter Jansen dat 'n oorsaak wat nie "proximate" is nie, steeds as basis vir aanspreeklikheid kan dien (314C). Hy voeg egter by dat indien daar 'n redelike moontlikheid aangetoon is dat die oorledene se lewe gered kon gewees het (indien hy nie die kopskoot ontvang het nie) voordat die borswonde hul noodlottige werk verrig het, die kousale verband tussen eerste appellant se optrede en die dood van oorledene verbreek sou gewees het (314D). In die onderhawige geval bevind hy dat die getuienis nie sodanige moontlikheid blootlê nie (314E). Hy bekragtig eerste appellant se skuldigbevinding.

Appèlregter Trengrove aanvaar dat slegs die kopwond die fisiologiese oorsaak van dood was (324D). Hy beslis dan dat eerste appellant nie die oorledene se dood veroorsaak het nie (324D). Hy maak die volgende stellings (324G–325A):

> "Daar is ... in die beslissings van hierdie Hof steun te vind vir die sogenaamde *conditio sine qua non*-toets vir die vasstelling van 'feitlike', in teëstelling met 'juridiese', oorsaaklikheid ... Dit word egter ook aanvaar dat 'n beskuldigde nie aanspreeklik gestel behoort te word vir alle gevolge waarvan sy handeling 'n *conditio sine qua non* is nie ... Wat ons regspraak betref, geskied die begrensing gewoonlik deur die aanwending van die reëls met betrekking tot 'n *novus actus interveniens*."

Vervolgens bevind hy (325E–F):

> "As dit aanvaar word dat tweede appellant die oorledene die kopskoot toegedien het, dan was sy optrede volgens my beskouing van die feite van hierdie saak 'n *novus actus interveniens*. Soos ek die saak sien het hy heeltemal onafhanklik van eerste appellant opgetree en was dit sy handeling, en nie eerste appellant s'n nie, wat die oorsaak was dat die oorledene dood is op die tydstip waarop hy inderdaad gesterf het."

Die regter beslis dat die skuldigbevinding ter syde gestel moet word en vervang moet word met een van poging tot moord.

Waarnemende appèlregter Nicholas bevind dat daar 'n gemeenskaplike doel tussen eerste en tweede appellante was (304E) en dat eerste appellant derhalwe aanspreeklik vir oorledene se dood is, al het sy broer die kopskoot toegedien. Hy bevind dat daar op mediese getuienis geen grond is om te bevind dat die borsskote bygedra het tot die dood van die oorledene nie, en dat eerste appellant dus nie aanspreeklik vir die dood sou wees indien die getuienis getoon het dat daar

geen gemeenskaplike doel was nie (304D). Sy motivering hiervoor vind hy in die saak van *S v Mbambo* 1965 2 SA 845 (A).

In daardie saak is daar deur appèlregter Wessels bevind (857E) dat waar A vir O 'n potensieel dodelike wond toedien en B, onafhanklik van A, hom 'n verdere wond toedien wat sy dood *per se*, dit wil sê sonder dat A se toegediende wond enigsins bydraend daartoe is, veroorsaak, dan is die latere wond 'n *nova causa* wat A se aanspreeklikheid opskort.

Appèlregter Botha bevind ook dat die twee appellante met 'n gemeenskaplike doel gehandel het en dat eerste appellant daarom skuldig is aan moord, al het tweede appellant die kopskoot toegedien (322F en 323C). Oor die kwessie van oorsaaklikheid spreek hy die mening uit dat dit nie nodig is vir aanspreeklikheid van 'n deelgenoot tot 'n gemeenskaplike oogmerk om te vermoor dat sy handeling oorsaaklik verbind moet wees met die dood van die oorledene nie (323E). Hy merk soos volg op (323E–F):

> "Volgens my beskouing is die geldende regsposisie dat, waar een van die deelgenote tot 'n gemeenskaplike oogmerk die handeling verrig wat die dood van die oorledene veroorsaak, en daar by die ander deelgenote die nodige *mens rea* aanwesig is, die handeling van die een wat die dood veroorsaak, as 'n kwessie van regsbeleid, beskou word as die handeling van al die deelgenote."

Dit wil dus voorkom of die regter nie vereis dat 'n mededader by moord se handeling *conditio sine qua non* vir die gevolg hoef te wees nie.

Die hof se uitspraak oor kousaliteit by daderskap kan soos volg opgesom word:

a *Appèlregter Jansen en waarnemende appèlregter Van Winsen:*

(i) die dader se handeling moet *conditio sine qua non* vir die gevolg wees;
(ii) 'n vorm van aanspreeklikheidsbegrensing word vereis;
(iii) indien 'n *novus actus interveniens* bloot 'n "onverwagte, abnormale of buitengewone tussentredende gebeurtenis" is, dien dit nie noodwendig as faktor wat aanspreeklikheid opskort nie;
(iv) aanspreeklikheidsbegrensing geskied aan die hand van oorwegings van beleid;
(v) waar A aan O 'n dodelike besering toedien wat definitief tot sy dood sal lei, en 'n *novus actus interveniens* verhaas O se dood, vereis beleid dat A steeds aanspreeklik is vir sy dood;
(vi) waar A aan O 'n potensieel dodelike wond toedien maar daar bestaan 'n redelike moontlikheid dat hy nog gered kon gewees het, sal hy nie aanspreeklik wees indien 'n *novus actus interveniens* O se dood verhaas nie (wn ar Van Winsen).

b *Appèlregter Trengrove en waarnemende appèlregter Nicholas:*

(i) *conditio sine qua non* is 'n vereiste vir aanspreeklikheid (ar Trengrove);
(ii) aanspreeklikheid word begrens deur 'n *novus actus interveniens*;
(iii) waar A en B agtereenvolgens en onafhanklik van mekaar aan O dodelike beserings toedien wat *conditiones sine quibus non* vir sy dood is maar B s'n die uitsluitlike doodsmeganisme in die hand

werk, is sy handeling 'n *novus actus interveniens* wat A se aanspreeklikheid opskort.

c *Appèlregter Botha:*

(i) *conditio sine qua non* is nie 'n vereiste vir aanspreeklikheid by 'n gevolgsmisdaad nie;
(ii) regsbeleid vereis dat 'n deelgenoot tot 'n gemeenskaplike oogmerk aanspreeklik is vir die gevolg van die handelinge van sy deelgenote al het hy self niks gedoen wat die gevolg veroorsaak het nie.

Dit wil, met respek, nie voorkom of appèlregter Botha se siening veel steun sal trek in die lig van die hedendaagse sistematiese benadering tot misdaadsontleding nie. Dit laat 'n mens met twee skerp uiteenlopende standpunte van die oorblywende lede van die hof oor die vraag of 'n *novus actus interveniens* absolute aanspreeklikheidsbegrensing of -opskorting meebring, al dan nie. Wat sake veral bemoeilik is die feit dat daar geen logiese gronde is waarop enigeen van die twee beskouings verwerp kan word nie. Die benadering van appèlregter Jansen en waarnemende appèlregter Van Winsen sal die regsgevoel van sommige mense bevredig en die benadering van appèlregter Trengrove en waarnemende appèlregter Nicholas dié van ander.

Dat die toedrag van sake egter onbevredigend is en reggestel behoort te word, lê voor die hand. Die implikasies van die keuse van benadering deur 'n hof in 'n feitestel soos die onderhawige, is ooglopend verreikend vir sover dit die beskuldigde in die saak betref.

Ek wil voorspel dat 'n hof van eerste instansie wat in die toekoms met 'n soortgelyke feitestel te doen sal hê die benadering sal kies wat die gunstigste vir die beskuldigde is, naamlik dié van appèlregter Trengrove en waarnemende appèlregter Nicholas. Terwille van regsekerheid is hul beskouing myns insiens ook verkieslik bo die ietwat meer kasuïstiese benadering van die ander twee regters. Die volgende formulering kan moontlik dien om eersgenoemdes se benadering uit te bou:

a Die element van kousaliteit is 'n vereiste vir daderskap by gevolgsmisdade.
b Kousaliteit rus op twee bene:
   (i) die handeling moet *conditio sine qua non*, dit wil sê oorsaak (in natuurwetenskaplike sin) van die gevolg wees; en
   (ii) die oorsaak moet *adekwaat* wees. 'n Oorsaak is adekwaat indien die verdere verloop van die kousale ketting redelikerwys, aan die hand van algemene menslike ervaring, te wagte kon gewees het of voorspelbaar of voorstelbaar was. Die tersaaklike ervaring hoef nie die van die gemiddelde man in die straat te wees nie, maar kan deskundige ervaring wees. Die toets is *ex post facto* objektief.
c Enige latere gebeurtenis in die *kousale* ketting wat nie redelikerwyse te wagte kon gewees het nie, skort die oorspronklike dader se aanspreeklikheid op. Gerieflikheidshalwe kan so 'n gebeurtenis 'n *novus actus interveniens* genoem word. Om in die *kousale* ketting te val, moet 'n gebeurtenis op sigself *con-*

*ditio sine qua non* wees vir die bepaalde gevolg.

d 'n *Novus actus interveniens* is derhalwe 'n latere gebeurtenis in die kousale ketting wat nie redelikerwys aan die hand van algemene menslike ervaring te wagte kon gewees het nie, en wat 'n *conditio sine qua non* vir die bepaalde gevolg was.

e Die element van kousaliteit is nie 'n vereiste vir medepligtigheid by 'n gevolgsmisdaad nie. *Daadwerklike* bevordering van die misdryf word daar vereis (vgl *S v Maxaba* 1981 1 SA 1148 (A)). Dit beteken dat die gepleegde handeling werklik moes bygedra het om die pleging van die misdaad makliker te maak.

Interessantheidshalwe kan daar net op gewys word dat indien die hof bevind het dat die oorledene aan breinsake en hemothorax gesterf het, soos deur die geneesheer bevind, tweede appellant se kopskoot nie 'n *novus actus interveniens* sou gewees het nie. Dit sou wel onvoorspelbaar en 'n *conditio sine qua non* vir die deelsgevolg, dood weens breinskade, gewees het, maar dit sou nie *conditio sine qua non* vir die deelsgevolg, dood weens hemothorax gewees het nie, al het dit die intrede van hierdie bepaalde gevolg verhaas.

'n Analoë voorbeeld is die geval waar A en B onafhanklik van en gelyktydig met of oomblikke na mekaar vir O in die hart steek en hy sterf weens bloedverlies deur die twee wonde. Die gelyktydige of latere steekwond is nie 'n *conditio sine qua non* van die deelsgevolg, bloedverlies deur wond nommer 1 nie, omdat O in elk geval, al was wond nommer 2 nie daar nie, aan bloedverlies deur wond nommer 1 sou gesterf het. Die feit dat wond nommer 2 die dood verhaas het omdat daar nou uit twee kanale in plaas van een gebloei is, beteken nog steeds nie dat die deelsgevolg, bloedverlies uit wond nommer 1, nie sou plaasgevind het nie.

PR VAN ZYL
*Kantoor van die Prokureur-Generaal (Kaapstad)*

## KIDWELL v THE MASTER 1983 1 SA 509 (OK)

*Ondertekening aan die end van 'n testament*

Die testament in hierdie saak het uit twee bladsye bestaan. Die laaste paragraaf op die tweede bladsy is gevolg deur 'n attestasie-klousule. Onmiddellik hierna het twee getuies aan die linkerkant van die bladsy geteken. Die testateur self het heel onder aan die regterkant van die bladsy geteken. Tussen sy handtekening en die handtekening van die tweede getuie was 'n blanko spasie van 13 sentimeter en tussen die testateur se handtekening en die attestasieklousule was daar 'n oop ruimte van 17 sentimeter. Ingevolge artikel 2(1)(a)(i) van die Wet op op Testamente 7 van 1953 is 'n testa-

ment ongeldig as dit nie "aan die end daarvan deur die erflater of deur iemand anders in sy teenwoordigheid en in opdrag van hom onderteken word" nie.

Die vraag wat in hierdie saak beslis moes word, was of die testateur sy testament aan die einde daarvan onderteken het. Regter Kannemeyer bevind dat die testament in die omstandighede nie aan die end daarvan onderteken is nie en dat dit gevolglik ongeldig was. Die eerste bladsy het al die beskikkings van die testateur bevat en in die alternatief is aansoek gedoen dat die eerste bladsy as die testateur se geldige testament verklaar word. Die alternatiewe aansoek is egter ook van die hand gewys omdat ook op die eerste bladsy 'n te groot spasie tussen die testateur se handtekening en die getikte gedeelte van die testament was. Die regter beslis naamlik dat as die eerste bladsy as sodanig 'n geldige testament wil wees dit ook ingevolge artikel 2(1)(a)(i) "aan die end daarvan" onderteken moet wees (514).

Hierdie saak was die derde in die onlangse verlede waarin die end van 'n testament ter sprake gekom het. In *Tshabalala v Tshabalala* 1980 1 SA 134 (O) het die eerste bladsy van die erflater se testament die hele substantiewe inhoud daarvan bevat. Aangesien die testateur die testament by wyse van sy duimdruk onderteken het, moes 'n sertifikaat ingevolge artikel 2(1)(a)(v) van die Wet op Testamente aangebring word. Die landdros het sy sertifikaat nie aan die end van die testament op die eerste bladsy aangebring nie maar op 'n volgende bladsy. Die tweede bladsy van die testament het net uit die sertifikaat bestaan. Die erflater en die getuies se handtekeninge het nie op die tweede bladsy verskyn nie en die landdros het nie die eerste bladsy onderteken nie. Die argumente wat namens die applikant aangevoer is, het genoodsaak dat ondersoek moes word of die end van 'n testament na 'n volgende bladsy kan strek sonder dat die testament self meer as een bladsy beslaan (136E). Regter Flemming beslis dat die testament uit twee bladsye bestaan en dat dit ongeldig is omdat die landdros nie die eerste bladsy ooreenkomstig artikel 2(1)(a)(v) onderteken het nie.

Met betrekking tot die end van 'n testament sê die regter onder andere: "Ten aansien van die Wet self kan hier aanvaar word dat die woord 'testament' in art 2(1)(a)(i) nie verwys na die geskrif of dokument nie maar na die geskrewe deel wat op die dokument verskyn. Anders sou die 'end' van 'n 'testament' wat net die boonste 5 cm van 'n bladsy beslaan, nie onmiddellik na daardie gedeelte wees nie, maar in die onderste paar centimeter van die bladsy . . . Dit kan hier verder aanvaar word dat vir die magistraat, soos vir die erflater, die end van die testament beoordeel word volgens die geskrif wat reeds aangebring is op die stadium dat hy tot die aanteken van sy aandeel in die verlyding van die testament oorgaan. Die 'end' is nie vir hom op dieselfde plek as wat dit vir die erflater was nie . . ." (137EH).

In *Philip v The Master* 1980 2 SA 934 (D) is die sertifikaat onmiddellik na die laaste paragraaf van die testament aangebring, dit wil sê voor die handtekeninge van die getuies en die merk van die testateur. Regter Leon sê:

> "The phrase 'the end thereof' in s 2(1)(a)(i) plainly means at the end of the body of the testament and before the testator signs. The use of the identical phrase in s 2(1)(a)(v) is a strong indication that the same meaning was intended in the latter sub-section. It seems unlikely that the Legislature would use the identical phrase in both sub-sections intending it to have a different meaning in each sub-section. If s 2(1)(a)(i) and 2(1)(a)(v) are read together it seems to me that what the Legislature intended was that both the certificate and the signature or mark must appear immediately after the operative portion of the will and not somewhere else but that *inter se* it does not matter whether the certificate appears immediately above or immediately below or alongside the signature of the testator" (937DF).

Die regter beskou die *Tshabalala*-saak as onderskeibaar "but the reasoning at 137 and 138 [van die *Tshabalala*-saak] may be regarded as inconsistent with the view which I have expressed herein on the proper interpretation of s 2(1)(a)(v). To the extent that it is, I respectfully disagree with it" (938G).

Daar word aan die hand gedoen dat die opvatting van regter Leon meer aanvaarbaar is.

In die *Kidwell*-saak verwys regter Kannemeyer na bogenoemde sake asook na sake wat beslis is na aanleiding van artikel 2(1)(a)(v), byvoorbeeld *Stemmet v Die Meester* 1957 3 SA 404(K). In hierdie sub-artikel word die identiese woorde as in sub-artikel 2(1)(a)(i) gebruik. Hier gaan dit egter nie oor die ondertekening aan die end van die testament nie maar oor die aanbring van die sertifikaat aan die end van die testament waar die testateur deur die maak van 'n merk onderteken of waar iemand anders die testament namens die erflater onderteken. Die regter verwys ook na die Engelse saak *Smee v Bryer* 6 Moore PC 404; 13 ER 739 wat beslis is na aanleiding van soortgelyke woorde in artikel 9 van die Engelse Wills Act 1837. Dit is egter interessant dat die Engelse wetgewing reeds in 1852 verander is en dat die geldigheid van 'n testament nie meer beïnvloed word "by the circumstance that the signature shall not follow or be immediately after the foot or end of the will, or by the circumstances that a blank space shall intervene between the concluding word of the will and the signature."

Hoewel 'n mens nie sonder meer kan sê dat die uitspraak in die *Kidwell*-saak verkeerd is nie is dit nogtans moeilik om daarmee saam te stem. In die eerste plek is al die formaliteite nagekom wat die wet vereis. Dit gaan hier oor die *interpretasie* van die woorde "aan die end daarvan" in artikel 2(1)(a)(i) van die Wet op Testamente. Die regter sê dat die wetgewer nie die wet gewysig het na beslissings soos die in *Stemmet* en *Tshabalala* nie, soos wat 'n mens sou verwag het as die interpretasie wat in hierdie sake aan die wet gegee is nie in ooreenstemming met die bedoeling van die wetgewer was nie. Net so ook is die provinsiale wetgewing in Suid-Afrika nie verander na aanleiding van die wysiging van die Engelse wet in 1852 nie (513DF). Dit mag alles so wees maar soos die regter self te kenne gee, het hierdie aangeleentheid vir die eerste keer die aandag van die howe in die *Kidwell*-saak geniet en is nie een van die sake waarna hy verwys "directly in point" nie (511A). Hulle is weliswaar beslis na aanleiding van identiese woorde in die wet maar het te doen ge-

had met die aanbring van die sertifikaat en nie met die plek van ondertekening deur die testateur nie. Dieselfde geld vir die provinsiale wetgewing voor Wet 7 van 1953. Die *Smee*-uitspraak is in 1848 gegee en die Engelse Wills Act van 1837 is in 1852 verander. Die provinsiale wetgewing voor Wet 7 van 1953 was identies met die Wills Act voor die wysiging daarvan. Aangesien geen sake in die verband tot op daardie stadium in Suid-Afrika voorgekom het nie is dit waarskynlik nie nodig geag om die bewoording te verander nie. 'n Mens moet daarom miskien nie te veel waarde daaraan heg dat die wetgewer die wet nie verander het nie.

In al die aangehaalde sake word aangedui dat voorkoming van bedrog die rede is waarom die handtekening onmiddellik na die geskrewe gedeelte van die testament moet volg. Daar moet naamlik nie geleentheid wees vir die invoeging van bedrieglike paragrawe tussen die laaste klousule en die handtekening nie. Met verwysing na Kamfer *(Testamentsformaliteite in Verskeie Regstelsels)* 211 waarsku regter Flemming in die *Tshabalala*-saak (137AB) dat die kwessie van bedrog nie oorbeklemtoon moet word nie. In die *Kidwell*-saak verwys regter Kannemeyer na regter Flemming se waarskuwing en sê dan:

> "[T]he position, in my view, is that the Legislature requires the signature of a testor 'at the end' of a will and this means as close to the concluding words thereof as is reasonably possible. Even though . . . I am satisfied that the document was intended by the testator to be his last will and testament and even though there has been no addition between the attestation clause and his signature, the document does not comply with the formalities laid down by s 2(1)(a)(i) of the Act and therefore it is not a valid will" (513GH).

Dit is so dat artikel 2(1)(a) van die Wet op Testament gebiedend is. 'n Hof kan dus nie anders as om 'n testament ongeldig te verklaar as dit nie aan die vereistes voldoen wat die wet stel nie. Die vraag is egter of dit nie tot oordrewe formalisme lei wat dikwels onbillike resultate tot gevolg kan hê nie: Die rede vir die bepaling is om bedrog te voorkom en hoewel dit bo twyfel staan dat bedrog nie plaasgevind het nie moet die testament nogtans ongeldig verklaar word. Die vraag is of dit nie in so 'n geval beter sou wees om 'n diskresie aan die howe te verleen nie. So kan 'n testament dan baie streng uitgelê word as daar inderdaad 'n aanduiding is dat bedrog moontlik kon plaasgevind het. Dit sou per slot van sake beter wees om in sodanige omstandighede baie streng op te tree as om 'n testament ongeldig te verklaar hoewel geen bedrog plaasgevind het nie bloot omdat die doel van die bepaling is om bedrog te voorkom. Dit is vanselfsprekend dat die howe self nie veel aan hierdie toedrag van sake kan verander nie maar dat die wetgewer in die opsig verligting sal moet bring.

'n Ander aangeleentheid waaraan die wetgewer gerus aandag kan gee, is die kategorieë van persone wat die sertifikaat moet aanbring in gevalle waar die testateur onderteken deur 'n merk te maak of waar iemand anders namens hom onderteken (artikel 2(1)(a)(v)). Hierdie beampte het nie in die *Kidwell*-saak ter sprake gekom nie maar wel in die *Stemmet-*, *Tshabalala*- en *Philip*-saak, om maar 'n paar te

noem. In *Louw v Engelbrecht* 1979 4 SA 841 (O) sê regter Flemming:

> "Wat hierdie paragraaf duidelik maak, is die wenslikheid daarvan dat iemand wat teenoor die publiek as kundige in verband met testamente optree, goed opgelei behoort te wees en met sowel noukeurigheid as versigtigheid moet optree" (846H).

Die probleem is egter dat juis die wetgewer kategorieë van persone aanwys van wie 'n testateur in die genoemde omstandighede afhanklik is vir die geldigheid van sy testament, terwyl hierdie persone nie noodwendig kennis van die opstel van testamente het nie, byvoorbeeld sommige kommissarisse van ede. (Sien ook die opmerkings van regter Flemming oor die aangeleentheid in die *Tshabalala*-saak op 141BD.) Dit is begryplik as 'n persoon se testament ongeldig is omdat hy vanweë sy gebrekkige kennis 'n fout begaan het en nie die moeite gedoen het om deskundige advies in te win nie. Dit is egter onbillik as 'n erflater se testament ongeldig is as hy na die amptenaar gaan wat die wetgewer aanwys en sy testament dan ongeldig is weens 'n versuim van die onkundige amptenaar. 'n Mens kan dus net hoop dat die wetgewer in dié opsig verligting sal bring deur die nodige statutêre aanpassings te maak waarvolgens net persone wat oor die nodige kennis beskik as sertifiserende beamptes kan optree.

DSP CRONJÉ
*Universiteit van Suid-Afrika*

## S v SELOKE 1983 2 SA 455 (O)

*Hersienbaarheid van sake waarin vonnis nog nie opgelê is nie*

In hierdie saak het drie beskuldigdes voor 'n afloslanddros tereggestaan op 'n hoofaanklag van oortreding van artikel 2(a) van Wet 41 van 1971 deurdat hulle handel gedryf het in 20 kg dagga. In die alternatief is dit die beskuldigdes ten laste gelê dat hulle genoemde dagga in stryd met artikel 2(b) van dieselfde wet besit het. Aan die einde van die verhoor is al drie beskuldigdes deur die afloslanddros skuldig bevind. Die saak is toe uitgestel ten einde die vervolging geleentheid te bied om vorige veroordelings te bewys. By voortsetting van die verhoor het die tydperk waarvoor die afloslanddros moes aflos egter verstryk en het die beskuldigdes vir vonnisdoeleindes voor die permanente landdros van die betrokke distrik verskyn. In sy oorweging van die aangetekende getuienis alvorens hy ingevolge artikel 275 van die Strafproseswet sou oorgaan tot vonnisoplegging, het die permanente landdros bedenkinge gekoester omtrent die juistheid van die skuldigbevinding van beskuldigdes 2 en 3. Dit het hom genoop om redes te skryf waarom hy

met die afloslanddros verskil en om die oorkonde, tesame met sy redes, vir hersiening na die hooggeregshof te stuur met die versoek dat die skuldigbevinding van beskuldigdes 2 en 3 ter syde gestel moet word.

Soos die hersieningshof daarop wys (456F), word hierdie versoek aan hom gerig *voordat* enigeen van die beskuldigdes deur die landdroshof gevonnis is. Die hof weier dan om die saak in dié stadium in hersiening te neem "omdat hierdie Afdeling by herhaling reeds beslis het dat 'n skuldigbevinding in die landdroshof nie *voor* vonnisoplegging tersyde gestel kan word nie bloot omdat die landdros wat moet vonnis oplê nie saamstem met die skuldigbevinding wat sy kollega uitgebring het nie" (456H). Ter ondersteuning van dié stelling verwys die hof na die vroeëre Vrystaatse beslissings in *Mpatsi* 1957 2 SA 517 (O) en *Thabanchu* 1967 2 SA 323 (O), welke beslissings nog gelewer is in die geldingstydperk van die herroepe artikels 97 en 98(4) van die Landdroshowewet 32 van 1944, en verklaar dan (457A) "[a]rtikels 302 en 304 van die Strafproseswet 51 van 1977 is, egter net soos die genoemde arts 97 en 98, slegs van toepassing op gevalle waar 'n landdroshof reeds vonnis opgelê het."

Met die hersieningshof se aanvaarding van hierdie standpunt was die uiteindelike bevinding van die hof, naamlik dat die saak na die permanente landdros vir vonnisoplegging "terugverwys word waarna hy die saak weer vir hersiening kan voorlê ingevolge artikel 304 (4) van die Strafproseswet", as't ware onvermydelik. In alle billikheid dien egter genoem te word dat die hof in die onderhawige saak nie slegs deur die *Mpatsi*- en *Thabanchu*- beslissing gesteun word nie, maar ook deur 'n ander beslissing van die Vrystaatse Provinsiale Afdeling, naamlik *Malakwana* 1975 3 SA 94 (O) – 'n beslissing waarna nie in die onderhawige saak verwys word nie – waar (95E) ook goedkeurend na genoemde beslissings verwys word. Ook in sommige beslissings van ander afdelings van die hooggeregshof is 'n dergelike standpunt al ingeneem. (Vgl bv die Kaapse Provinsiale Afdeling in *Smit* 1948 4 SA 266 (K), *Ginsberg v Additional Magistrate of Cape Town* 1933 CPD 357, en *Dawids* 1961 3 SA 913 (K); die Natalse Afdeling in *Vezi* 1963 1 SA 9 (N); Suidwes-Afrika in *Besser* 1968 1 SA 377 (SWA) en Transvaal in *Stokel* 1966 1 SA 143 (T).) Die uitwerking van die hof se standpunt in die onderhawige saak is dus die volgende: Indien 'n "vonnislanddros," alvorens hy vonnis oplê, besef dat die skuldigbevinding soos uitgebring deur die "verhoorlanddros" ongegrond is, kan daar nie op artikels 302 en 304 van die Strafproseswet gesteun word om die ongegronde skuldigbevinding as sodanig ongedaan te kry nie. Al wat so 'n "vonnislanddros" dan te doen staan, is om die beskuldigde, ten spyte van 'n ongegronde skuldigbevinding, te vonnis en dan die saak vir hersiening na die hooggeregshof te stuur, sodat die skuldigbevinding en vonnis ter syde gestel kan word.

Dat dit 'n ongewenste situasie is, hoef nouliks gesê te word. In *Smit supra* word dan ook tereg daarop gewys (267) "[t]o insist upon a sentence being imposed with the knowledge that the verdict, and sentence are to be set aside would be to enact a farce" terwyl in *Ngwenya* 1959 2 SA 397 (N)

398A gesê word dat "it would be almost farcical to require a sentence to be passed before inevitably setting the conviction aside." Volgens regter Hiemstra in *Johannes Mashai* (ongerapporteerde uitspraak gelewer op 1973-09-14 maar soos aangehaal in *Taylor* 1976 4 SA 185 (T) 188F) het dit "geen sin om 'n vonnis op te lê met die doel dat dit ter syde gestel moet word nie" en in *Taylor supra* 188G-H word so 'n prosedure insgelyks as "senseless" beskryf. Selfs in die saak onder bespreking beskou die hof (457C) die gevolgtrekking waartoe hy gekom het – en wat hy as "die stand van ons regspraak" beskou – as "onbevredigend." Die hof beslis dan ook (457C) dat dit 'n geval is "waar die Wetgewer moontlik kan oorweeg om in 'n geval waarop art 275 van die Strafproseswet van toepassing is, dieselfde voorsiening te maak vir hersiening van vonnis as wat daar bestaan in die geval van streeklanddroste ingevolge art 116(3)."

Maar is hierdie "onbevredigende" bevinding van die hof in die onderhawige saak inderdaad die "stand van ons regspraak"? Myns insiens nie. Na my mening bestaan daar voldoende bewysplase in ons positiewe reg op grond waarvan die hof, in die onderhawige saak, inderdaad aan die permanente landdros se versoek gehoor sou kon gee. Enkele voorbeelde hiervan kan genoem word: In *Smit supra* is die beskuldigde aan nalatige bestuur skuldig bevind, waarna die landdros aan die korrektheid van sy beslissing twyfel en as gevolg waarvan hy die saak vir hersiening stuur met die versoek dat die skuldigbevinding ter syde gestel moet word. Hoewel die hof – soos in die onderhawige geval – daarop wys dat artikels 97 en 98(4) van die Landdroshowewet nie aan 'n hof voor vonnis hersieningsbevoegdheid verleen nie, word nietemin (267) beslis "[e]very consideration of convenience and justice supports the view that this court should act now instead of sending the matter back for a sentence to be passed and then exercising the powers given by sec 98(4) of the Magistrates' Courts Act. To insist upon a sentence being imposed with the knowledge that the verdict and sentence are to be set aside would be to enact a farce." Die skuldigbevinding is gevolglik ter syde gestel. (Sien ook *Stoffels* 1942 CPD 40.) In *Sekakala* 1962 2 SA 105 (NK) is die beskuldigde deur 'n landdros skuldig bevind aan aanklagtes waarvan hy nooit aangekla moes gewees het nie. Laasgenoemde feit het aan die landdros eers na skuldigbevinding maar voor vonnisoplegging bekend geword. Die saak is voor vonnisoplegging vir hersiening deurgestuur met die versoek dat die skuldigbevinding ter syde gestel moet word. Die hersieningshof voldoen aan hierdie versoek uit hoofde van drie gronde, die derde waarvan gefundeer is op die hof se standpunt dat artikels 97 en 98(4) van die Landdroshowewet – tans herroep – nie so uitgelê moet word "dat geen saak afkomstig uit 'n Landdroshof hersienbaar is voor vonnis opgelê is nie. Dit is nie die bedoeling van die artikel nie" (106G). Die hof meen verder (107G) "[d]it is 'n saak van eminente openbare belang dat 'n landdros wat van mening is dat daar iets met die verhoor voor hom verkeerd geloop het die vrymoedigheid sal hê om sonder nakoming van 'n formele en soms swaarwigtige prosedure, hom onmiddellik op die her-

sieningsbevoegdheid van die Hooggeregshof [te] kan beroep sodat wat verkeerd gegaan het herstel kan word en die verhoor sy normale voortgang kan hê. In sulke gevalle sal hierdie Hof steeds doen wat immer moontlik is om die goeie gang van die regspleging te bevorder." (Vgl ook *JH Roos en AJ Oelofse* 1966 1 PH 03 (NK).)

Onderliggend aan hierdie beslissings is, myns insiens, 'n ekstensiewe uitleg van artikel 304 van die Strafproseswet in te lees – moontlik uit hoofde van dienlikheidsoorwegings. So wys Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 682 ook daarop dat daar "'n sterk behoefte ontstaan [het] om nogtans te hersien waar . . . die skuldigbevinding ongegrond is." Ook in *Taylor supra* stel die hof van hersiening die beskuldigde se skuldigbevinding deur 'n landdros ter syde nadat die landdros na skuldigbevinding en voor vonnisoplegging ten tyde van die aanhoor van versagtende faktore tot die slotsom gekom het dat sy skuldigbevinding van die beskuldigde ongegrond was. Op welke grond die hof dié tersydestelling gelas het, blyk nie duidelik te wees nie: die hof wys egter daarop (188H) dat "[t]he Attorney-General is of the view that it would appear to be fair and correct in the present case to set aside the conviction." (Sien dan ook *Mtembu* 1961 4 SA 152 (N) waar die hof dit as "a proper case" beskou het om die skuldigbevinding ter syde te stel.) Om in die lig van hierdie gewysdes – en die tendens wat daarin te lees is – eenvoudig net te verklaar (soos die hof in die onderhawige saak gedoen het) dat vonnisoplegging 'n voorvereiste is vir hersienbaarheid ingevolge arikel 304 van die Strafproseswet skyn dus – ten minste – aanvegbaar te wees.

In die onderhawige saak het die hof ook oorweging daaraan geskenk of die saak nie met 'n beroep op artikel 24(1)(c) van die Wet op die Hooggeregshof hersienbaar sou wees nie, maar het tot die gevolgtrekking gekom dat hierdie artikel "nie op die onderhawige omstandighede van toepassing [is] nie omdat 'n blote foutiewe skuldigbevinding [volgens die oordeel van die 'tweede landdros'] nie 'n 'growwe onreëlmatigheid in verband met die verrigtings' is nie." (Sien ook *Taylor supra* 188C.) Dit blyk egter nie uit die verslag op welke gronde die permanente landdros met die uitspraak van die afloslanddros verskil het nie, met ander woorde of dit dalk op 'n onreëlmatigheid gebaseer was of nie. In *Malakwana supra* is die beskuldigde op 'n diefstalklag deur die landdros – wat gemeen het dat dit 'n bevoegde uitspraak op dié aanklag was – aan huisbraak met die opset om te steel en diefstal skuldig bevind. Die hof het die feite in dié saak onderskei van dié in die *Mpatsi*- en *Thabanchu*-saak en op grond van dié onderskeid bevind dat die bepalings van artikel 26(4) van Ord 4 van 1902 (ORK) – welke bepaling wesentlik ooreenstem met artikel 24(1)(c) van die Wet op die Hooggeregshof – toepaslik is. Uit hoofde hiervan het die hof bevind dat die verrigtinge in die landdroshof 'n growwe onreëlmatigheid openbaar het en dus hersienbaar is. (Daar dien net gemeld te word dat in die *Thabanchu*- en *Malakwana*-saak beslis is dat die Vrystaatse hof se bevoegdheid om sake ingevolge arts 25 en 26 van Ord 4 van 1902 in hersiening te neem, danksy die bepalings van a 19(3) van die

Wet op die Hooggeregshof behoue gebly het. Hierdie aanname is, met respek, foutief. Artikel 44 gelees met die tweede bylae tot die Wet op die Hooggeregshof herroep onteenseglik dié bevoegdheid wat die hof hom aanmatig. (Sien ook Klopper 1976 *THRHR* 148.) Sonder om in meer besonderhede die vraag te bespreek of 'n blote foutiewe uitspraak op 'n onreëlmatigheid neerkom al dan nie, val dit tog op dat indien (soos in *Malakwane* beslis is) 'n foutiewe uitspraak in 'n saak waarin die beskuldigde inderdaad aan 'n misdaad skuldig is as 'n onreëlmatigheid te beskou is, dit *a fortiori* as 'n onreëlmatigheid beskou behoort te word indien 'n voor vonnis ontdekte, foutiewe en ongegronde skuldigbevinding teenoor 'n totaal onskuldige persoon uitgespreek is.

Indien dit egter sou blyk dat die hof in die onderhawige saak inderdaad korrek sou wees in sy bevinding dat hy *in casu* nie uit hoofde van artikels 302 en 304 van die Strafproseswet, asmede artikel 24(1)(c) van die Wet op die Hooggeregshof oor enige hersieningsmag beskik nie, word in laaste instansie aan die hand gedoen dat hy wel aan die landdros se versoek kon voldoen uit hoofde van sy inherente regsbevoegdheid om in uitsonderlike gevalle die verrigtings van 'n strafsaak voor 'n laer hof voor finale afhandeling daarvan te hersien. Hierdie bevoegdheid is immers reeds deur die Vrystaatse hof in *Malakwane supra* (96 F-G) en *Motsepa* 1982 1 SA 304 (O) 308 erken. (Sien ook *Lubisi* 1980 1 SA 187 (T) 188; *Marais* 1959 1 SA 98 (T); *Singh v Dickinson* 1960 1 SA 87 (N) en *Masemula* 1959 4 SA 285 op 286G.) In die *locus classicus* in dié verband verklaar die appèlhof in *Walhaus v Additional Magistrate Johannesburg* 1959 3 SA 113 (A) 119-120: "It is true that, by virtue of its inherent power to restrain illegalities in inferior courts the Supreme Court may, in a proper case, grant relief – by way of review, interdict or *mandamus* – against the decision of a magistrate's court given before conviction ... This, however, is a power which is to be sparingly exercised." In appèlhof-verband is in *Augustine* 1980 1 SA 503 (A) 'n foutiewe bevinding ter syde gestel, hoewel streng gesproke 'n strafsaak nie na die appèlhof kan gaan voordat vonnis opgelê is nie. 'n Beroep op hierdie inherente mag van die hooggeregshof het dan ook in *Sekakala supra* aan die hof 'n grond verskaf om voor vonnisoplegging die strafregtelike verrigtings in 'n laer hof in hersiening te neem.

In die lig van die voorgaande is ek van mening dat die hof in die onderhawige saak met vrug van òf hierdie inherente mag, òf uit hoofde van 'n verslapte uitleg van artikel 304 van die Strafproseswet, òf met 'n beroep of artikel 24(1)(c) van die Wet op die Hooggeregshof, òf uit hoofde van 'n kombinasie van hierdie oorwegings, die ongegronde skuldigbevinding – soos dit deur die permanente landdros versoek is om te doen – ter syde kon stel. Die belang van behoorlike regspleging het so 'n bevinding genoodsaak en sou dit regverdig. Daar kan dus heelhartig met Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 682-3 se voorstel saamgestem word dat "die Hooggeregshof, indien die prokureur-generaal saamstem, kragtens sy hersieningsmag sal ingryp in gevalle waar hy meen dat oplegging van vonnis op 'n onreg sal neerkom en dat hy nie 'n po-

sisie sal gedoog waar vonnis opgelê word wetende dat dit ongegrond is nie."

JL SNYMAN
*Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

## SMIT v SMIT 1982 4 SA 34 (O)

*Egskeiding – fisieke ongesteldheid – art 4 Wet 70 van 1979*

Hierdie saak is die volbankappèl teen die uitspraak van regter Brink in *Smit v Smit* 1982 1 SA 606 (O). Die hof *a quo* het 'n egskeidingsbevel geweier waar die verweerderes weens 'n gewas op die brein fisiek hulpeloos geraak het en nie die huwelik kon voortsit nie.

Die hof *a quo* het die onderskeid tussen onmoontlikmaking en onmoontlikwording van die huwelik, soos wat dit onder andere in Olivier (*Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familie-reg,* tweede uitgawe 279 *et seq* en 283) uiteengesit word, rigoristies toegepas. Die hof het naamlik bevind dat artikel 4 van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 slegs vir onmoontlikmaking van die huwelik voorsiening maak, terwyl artikel 5 op slegs twee presies omskrewe gevalle van onmoontlikwording van toepassing is. Die onderhawige geval is duidelik een van onmoontlikwording, maar pas nie binne die omskrywing van ongeneeslike geestesongesteldheid of voortdurende bewusteloosheid nie. Gevolglik is 'n egskeidingsbevel geweier.

Waarnemende regter Kotze, wat die appèluitspraak gee, verskil met die hof *a quo* en sê:

> "Daar bestaan geen regverdiging vir die standpunt wat deur Olivier, Barnard en Cronje *(supra)* voorgestaan word, te wete dat dit die bedoeling van die wetgewer was om in art 4 van die Wet met 'onmoontlikmaking' en in art 5 van die wet met 'onmoontlikwording' van 'n huwelik te handel nie" (38C).

Tereg wys die hof daarop dat artikel 5 nie bedoel was om vir alle gevalle van onmoontlikwording voorsiening te maak nie, maar om slegs die twee gevalle wat daarin vermeld word, te reël.

Dit is miskien wenslik om nog eens na die onderskeid tussen onmoontlikmaking en onmoontlikwording van 'n huwelik te kyk. Hierdie onderskeid word nêrens deur die wetgewer in die wet gemaak nie en is 'n blote beskrywing van die realiteit. 'n Huwelik kan immers onherstelbaar verbrokkel as gevolg van die optrede van die partye daartoe of as gevolg van omstandighede buite hulle beheer. Hoofregter Watermeyer het reeds in *Harris v Harris* 1949 1 SA 254 (A) 264 die posisie soos volg beskryf:

> "The position which arises in a case of divorce on the ground of insanity is more analogous to a suit for nullity

> of marriage for a cause which makes the married state impossible, than to an ordinary divorce for misconduct, which, in its consequences, imposes penalties and forfeiture as retribution for a wrong done . . . [T]he claim is not based upon breach of a matrimonial obligation by one of the parties, but upon some external occurrence, possibly wholly unconnected with matrimonial obligations, which has broken up the matrimonial home, and made it impossible for one of the parties to fulfil his or her matrimonial obligations."

Die begrip "onmoontlikwording van die huwelik" beskryf dus slegs 'n toestand waar die huwelik onherstelbaar verbrokkel het buite die beheer van die gades. Die twee gevalle waarvoor artikel 5 van die wet voorsiening maak, is duidelike gevalle van onmoontlikwording, maar daaruit kan nie enige bedoeling van die wetgewer afgelei word dat die twee gevalle die enigste is waarvoor hy voorsiening wou maak nie. Inteendeel, so 'n afleiding kan aanleiding gee tot onbillikhede, soos blyk uit die uitspraak van die hof *a quo*.

Onmoontlikmaking van die huwelik weer is 'n regswetenskaplike beskrywing van wat gebeur wanneer 'n huwelik weens die optrede van die partye daartoe onherstelbaar verbrokkel. Die voorbeelde van omstandighede van onherstelbare huweliksverbrokkeling wat in artikel 4(2) van die wet gegee word, dui almal op gevalle waar die verbrokkeling van die huwelik aan die optrede van die gades toegeskryf kan word. Die omskrywing van onherstelbare huweliksverbrokkeling in artikel 4(1) is egter so wyd dat dit èn onmoontlikmaking èn onmoontlikwording insluit. Artikel 4(1) bepaal naamlik dat 'n huwelik wat so 'n toestand van verbrokkeling bereik het dat daar geen redelike vooruitsig bestaan op die herstel van 'n normale huweliksverhouding nie, 'n onherstelbaar verbrokkelde huwelik is.

Die onderskeid tussen onmoontlikmaking en onmoontlikwording van die huwelik as grondslae van die egskeidingsreg is nie slegs 'n akademiese oefening nie. In Olivier se tweede uitgawe en ook in my monografie oor die wet *(Die Nuwe Egskeidingsreg* 16 *et seq)* is daar gepoog om die moontlike grondslae aan te dui. Deur die verskillende grondslae te onderskei, word egter nie te kenne gegee dat die verskillende grondslae totaal skeibaar is nie. Trouens, alle denkbare egskeidingsgronde kan onder die begrip "onherstelbare huweliksverbrokkeling" tuisgebring word. Fyner onderskeidings is egter van belang eerstens vir sover daardeur in juridiese terminologie beskryf kan word wat die inhoud van die onderskeie grondslae is sodat die maatstawwe om te bepaal of 'n bepaalde egskeidingsgrond in 'n bepaalde geval aanwesig is geïdentifiseer en nader gepresiseer kan word. Tweedens is dit belangrik om duidelik tussen die verskillende grondslae te onderskei ten einde in staat te wees om te bepaal in welke mate die objekte wat deur die egskeidingsreg beskerm moet word, inderdaad daardeur beskerm word. Derdens kan 'n mens deur dié onderskeid te maak op 'n eenvoudige en duidelike wyse uitvoering gee aan die eis van geregtigheid, naamlik dat verskillende gevolge billikerwys aan verskillende egskeidingsgronde geheg behoort te word. Laastens stel die duidelike formulering van die verskillende grondslae die howe in staat om binne 'n bekende begrippe-sisteem enige

hervormingsmaatreëls wat reeds getref is, toe te pas.

In die lig van die pasgemelde belangrikheid om die verskillende grondslae van die egskeidingsreg te onderskei, is dit interessant om te let op die wyse waarop ons howe onherstelbare huweliksverbrokkeling vasstel soos onder andere weer in die *Smit*-saak deur waarnemende regter Kotze gedoen is. Die howe beskou die normeringsprobleem by die vasstelling van huweliksverbrokkeling as 'n eenvoudige feitelike vraag en juis omdat hierdie probleem ietwat oorvereenvoudig word, kry 'n mens myns insiens 'n toepassing van die wet wat strydig met die gees daarvan is.

Versoening tussen gades is klaarblyklik die gees van die Wet op Egskeiding. Daar kan gewoonlik eers gesê word dat huweliksverbrokkeling onherstelbaar is wanneer dit vasstaan dat die berokke gades nie weer met mekaar versoen sal raak nie. Die hof sê egter met verwysing na *Kruger v Kruger* 1980 3 SA 283 (O):

> "Dit kan wees dat een van die partye, *sonder oënskynlike regverdiging,* so vasbeslote is om nie met die huwelik voort te gaan nie dat dit, *met of sonder in agneming van tydsverloop,* die Hof oortuig dat daar geen redelike vooruitsig op 'n normale huweliksverhouding bestaan nie" (40E – my kursivering).

Die aanvaarding van sulke getuienis van 'n eiser "sonder oënskynlike regverdiging" en "sonder in agneming van tydsverloop" as voldoende bewys van onherstelbare huweliksverbrokkeling, is die aanvaarding van *egskeiding op aanvraag,* ofte wel repudiasie van die huwelik as egskeidingsgrond (*Die Nuwe Egskeidingsreg* 22). Die uitdruklik erkende belang van die gemeenskap by die voortbestaan van die huwelik as maatskaplike instelling word daardeur totaal onbeskermd gelaat. Waar 'n eiser slegs op sy eie verklaring sonder oënskynlike regverdiging steun, behoort artikel 4(3) toegepas te word. Die subjektiewe getuienis van 'n eiser dat die huweliksverbrokkeling onherstelbaar is, behoort nooit voldoende te wees nie.

Dit is waar dat die feit dat 'n egskeidingaksie aanhangig gemaak is, op huweliksverbrokkeling dui – altans vir sover dit die mening van die eiser betref. Verdere getuienis is egter nodig om te bewys dat die verbrokkeling van die huwelik onherstelbaar is. Artikel 4(2) gee juis voorbeelde van sodanige getuienis wat deur die wetgewer as voldoende beskou word. (Eienaardig genoeg word die riglyne vervat in artikel 4(2) skynbaar in die praktyk geïgnoreer. Wat hierdie verskynsel nog eienaardiger maak, is die feit dat die riglyne nie bloot algemene bepalings is nie, maar deur die wetgewer gepresiseer is. Dit kom dus voor asof die woorde van die wetgewer in hierdie subartikel sonder betekenis is.) Daarbenewens bepaal artikel 4(3) dat indien die hof oordeel dat deur huweliksraadgewing, behandeling of oordenking daar nog 'n versoeningsmoontlikheid bestaan, die verrigtinge uitgestel kan word sodat 'n geleentheid geskep kan word om die fout in die huwelik te herstel. Indien die versoeningspogings misluk, dui juis dié feit baie sterk daarop dat die huweliksverbrokkeling onherstelbaar is. Indien daar dan 'n egskeidingsbevel uitgereik word, is die bevel nie slegs in ooreenstemming met die gees van die wet nie, maar word daar ook besker-

ming aan die belang van die gemeenskap by die huwelik verleen. Volgens getuienis ingewin deur die Regskommissie erken die gemeenskap dat hy 'n belang het nie slegs by die voorbestaan van die huwelik as maatskaplike instelling nie, maar ook by die ontbinding van daardie huwelik wat reeds "dood" is.

'n Mens voel genoop om 'n pleidooi te lewer vir die versigtige toepassing van hierdie wet. Dit is waar – soos waarnemende regter Kotze (40A) te kenne gee – dat dit slegs 'n feitelike vraag is of die verbrokkeling van 'n bepaalde huwelik onherstelbaar is al dan nie, maar dan moet die feite wat beoordeel word eerstens afdoende wees om tot die gevolgtrekking te raak en tweedens moet die feite op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys wees. In die egskeidingsreg was die ongestaafde getuienis van die eiser in die verlede nie voldoende om 'n egskeidingsgrond te bewys nie en daar is niks in die 1979-wet wat hierdie reël verander het nie.

Hierbo is reeds daarop gewys dat dit ook belangrik is om tussen die verskillende moontlike grondslae van die egskeidingsreg te onderskei omdat die gevolge van egskeiding ook by die verskillende grondslae nie noodwendig dieselfde behoort te wees nie. Alhoewel die wetgewer nie bewustelik tussen onmoontlikmaking en onmoontlikwording van die huwelik onderskei nie, word die gevolge van egskeiding op grond van onmoontlikwording, vir sover dit as grondslag in artikel 5 erken word, anders gereël omdat die gedrag van die gades nie by die egskeiding die deurslag gee nie en die verweerders in dié gevalle besondere beskerming nodig kan hê.

In die *Smit*-saak was die omstandighede toevallig sodanig dat die verweerderes nie die beskerming nodig gehad het wat in artikel 5 aan verweerders verleen word nie (39C). Die hof bevind ook inderdaad dat 'n *curator-ad-litem* in die omstandighede onnodig is (dit skyn ietwat eienaardig te wees dat die hof vir hierdie bevinding steun slegs op die ongestaafde getuienis van die appellant, naamlik dat die respondente se verstand nie so aangetas is dat sy iemand anders benodig om besluite namens haar te neem of haar belange te beskerm nie – 39F), maar erken "[h]iermee word nie gesê dat dit nooit onder paslike art 4-bedoelde gevalle nodig sal wees om 'n *kurator-ad-litem* aan te stel nie maar slegs net dat hierdie nie so 'n geval is nie" (39E). Daaruit blyk duidelik dat daar 'n leemte in die wet bestaan en dit is juis omdat die wetgewer nagelaat het om duidelik tussen onmoontlikmaking en onmoontlikwording van die huwelik as grondslae te onderskei. Daar is beslis 'n behoefte aan 'n algemene onmoontlikwordingbepaling in die wet waarin, *inter alia,* gereël word dat in sulke gevalle die gedrag van die partye by die huwelik nooit enige relevansie ook met betrekking tot die gevolge van die egskeiding kan hê nie.

Dit is belangrik om in gedagte te hou dat die wetgewer nie bewustelik tussen onmoontlikwording en onmoontlikmaking van die huwelik as grondslae van die egskeidingsreg onderskei het nie (soos ek reeds gepoog het om aan te dui, sien *Die Nuwe Egskeidingsreg* 29). Die bedoeling met artikel 5 is slegs om besondere reëlings vir die gevalle daarin vermeld, en net daardie gevalle, te tref. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie sê byvoor-

beeld in sy verslag oor die voorgestelde wetgewing (par 11 1) dat 'n mens by geestesongesteldheid te doen het "met 'n eiesoortige situasie waarvoor spesiale reëls voorgeskryf moet word. Om dié rede skyn dit wenslik te wees om geestesongesteldheid liefs as 'n afsonderlike egskeidingsgrond te behandel."

Soos die wet tans geformuleer is, kan daar geen twyfel wees nie dat waar 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel het in omstandighede wat op onmoontlikwording van die huwelik dui maar wat buite die trefwydte van artikel 5 val, 'n egskeiding op grond van artikel 4 verleen kan word (*Die Nuwe Egskeidingsreg* 30 en Olivier 279). Die afwesigheid in die wet van 'n uitdruklike onderskeid tussen onmoontlikwording en onmoontlikmaking het klaarblyklik die hof *a quo* in die *Smit*-saak verwar. In die onderhawige saak het die huwelik immers duidelik onherstelbaar verbrokkel: daar was eenvoudig nie meer sprake van 'n normale huweliksverhouding nie en daar kon nie weer 'n normale huweliksverhouding herstel word nie. Die feite in hierdie geval was inderdaad ook eenvoudig en voor-die-hand-liggend. Hieruit kan 'n mens egter nie aflei nie dat die probleem om te bepaal of 'n huwelik normaal is altyd 'n eenvoudige feitelike vraag is – soos wat die hof op 40A van die verslag te kenne gee. (Die hof werk nietemin inderdaad met die *consortium*-begrip as uitgangspunt om te bepaal wat juridies as 'n normale huweliksverhouding aangemerk moet word – 40H.)

'n Mens kan nie anders as om met die hof saam te stem dat

> "geen egskeiding verleen sal word as een van die partye nie daarvoor vra nie en dit is dus vanselfsprekend dat die onontbeerlik vir 'n egskeiding is dat minstens een van die huwelikspartye van voorneme moet wees 'om nie die *status quo* langer te aanvaar nie'."

Hierdie subjektiewe voorneme van een van die gades kan op sigself slegs dui op die feit dat die huwelik verbrokkel is ten tyde van die egskeidingsaansoek. Voordat die egskeidingsbevel egter verleen kan word, moet getuienis aangevoer word om te bewys dat die verbrokkeling onherstelbaar is (40C-D).

Waarnemende regter Kotze ontken dat die faktore wat 'n hof kan oortuig dat die verbrokkeling van 'n bepaalde huwelik onherstelbaar is, definieerbaar is. Hy meen byvoorbeeld dat die besluit van een van die gades dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het, sonder oënskynlike regverdiging en sonder in agneming van tydsverloop, 'n hof kan oortuig dat 'n egskeidingsbevel verleen moet word. So ook kan die

> "partye se gedrag of ander uitings van hulle persoonlikhede, met of sonder inwerking van omringende omstandighede of gedrag van andere, die nodige bewys daarstel. Of dit kan wees dat blote omstandighede buite beheer, skuld of toedoen van die partye hierdie gevolg kan bewerkstellig" (40 F-G).

Wanneer die hof in die onderhawige geval moet bepaal of die huweliksverbrokkeling bestaan en of dit onherstelbaar is, word daar na die feite gekyk en bevind dat daar vir die afgelope paar jaar geen *consortium* tussen die appellant en respondente was nie

en dat daar op 'n oorwig van waarskynlikheid nie weer *consortium* tussen hulle sal bestaan nie. Die hof *a quo* het dit van belang geag dat die appellant te kenne gee dat hy steeds vir respondente lief is. By appèl bevind die hof egter dat die liefdesaspek van die *consortium* in hierdie geval irrelevant is vir sover dit duidelik is dat die *consortium* sodanig beëindig is dat 'n normale huweliksverhouding nie weer sal herstel nie.

Hierdie uitspraak is te verwelkom vir sover belangrike insigte daarin beklemtoon word. Daar is reeds aangetoon dat onherstelbare huweliksverbrokkeling nie gedefinieer word nie en waarskynlik ondefinieerbaar is, alhoewel 'n juridiese definisie van die begrip "normale huweliksverhouding" wenslik is. Die hof werk hier inderdaad met die *consortium*-begrip wat, soos alreeds voorheen aan die hand gedoen, die enigste moontlike juridiese maatstaf is waarmee bepaal kan word of 'n huweliksverhouding in gegewe omstandighede normaal is al dan nie. Daarbenewens wys die hof daarop dat die blote feit dat die appellant steeds die respondente liefhet, of minstens nooit te kenne gee dat sy liefde vir haar beëindig het nie, nogtans kan beteken dat die *consortium* sodanig beëindig of geskend is dat die huwelik as onherstelbaar verbrokkel aangemerk kan word.

Die uitspraak beklemtoon verder dat dit baie belangrik is om telkens vas te stel nie alleen of 'n huweliksverhouding normaal is nie, maar ook of daar 'n redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding is. Alhoewel die vraag na onherstelbare huweliksverbrokkeling slegs 'n feitelike vraag is, moet dit met omsigtigheid beantwoord word. Die feit dat 'n huwelik altyd verbrokkel sal wees op die stadium wanneer die gades voor die hof verskyn om 'n egskeidingsbevel te versoek, behoort geensins hierin 'n rol te speel nie. Niemand sal tog aansoek om egskeiding doen terwyl hy die begeerte het om met die huwelik voort te gaan nie (daargelaat die vergesogte gevalle van mense wat byvoorbeeld weens belastingoorwegings wil skei). Die blote verklarings van 'n eiser in 'n egskeidingsgeding kan gevolglik nooit voldoende bewys van onherstelbaarheid van huweliksverbrokkeling wees nie. Die aanvaarding van sodanige verklarings as voldoende bewys sal tot gevolg hê dat egskeiding op aansoek in ons reg ingevoer word. Egskeiding op aansoek is strydig met die bedoeling van die wetgewer en kan in ieder geval nie al die belange wat by die huwelik ter sprake is, beskerm nie.

'n Verdere belangrike aspek wat in die *Smit*-saak bespreek word, is die vraag of die howe 'n diskresie het om egskeiding te weier ten spyte daarvan dat die eiser bewys het dat die huweliksverbrokkeling onherstelbaar is. Waarnemende regter Kotze onderskryf die standpunt dat so 'n diskresie inderdaad deur artikel 3 van die Wet aan die howe verleen word. Uiteraard is dit nie 'n arbitrêre diskresie nie, maar 'n judisiële diskresie wat met groot omsigtigheid uitgeoefen behoort te word. In hierdie verband maak die hof egter 'n paar eienaardige opmerkings waarop die aandag gevestig kan word. As voorbeeld van 'n geval waar die diskresie uitgeoefen kan word, verwys die hof na artikel 4(3) waarkragtens 'n egskeidingsbevel ge-

weier kan word en die geding uitgestel kan word

> "wanneer dit, volgens oordeel van die Hof, blyk dat daar, nieteenstaande die ingetrede feit van onherstelbare verbrokkeling, tog nog 'n redelike moontlikheid van versoening by huweliksraadgewing, behandeling of oordenking bestaan . . . , en dit is grootliks vanweë die feit dat die woord 'behandeling' (wat op omskepping van 'n persoon tot 'n ander mens of van verbrokkeling tot versoening, dui) gebruik word, wat my tot hierdie gevolgtrekking bring" (41H-42A).

'n Mens voel genoop om hierdie opmerking 'n bietjie nader te bekyk. Artikel 4(3) het ten doel om die gevalle te reël waar die onherstelbaarheid van die huweliksverbrokkeling nie duidelik blyk nie. Die artikel verleen aan die howe die bevoegdheid om die verrigtinge uit te stel sodat daar eers behandeling, huweliksraadpleging of oordenking kan plaasvind waarna vasgestel kan word of die huweliksverbrokkeling inderdaad onherstelbaar is al dan nie. Staan die onherstelbaarheid van die huweliksverbrokkeling eenmaal vas, is artikel 4(3) eenvoudig nie meer toepaslik nie en kan daar geen rede wees waarom die hof die verrigtinge sal uitstel nie. Hierdie is nie 'n voorbeeld van 'n geval waar die hof 'n diskresie uitoefen om 'n egskeiding te weier ten spyte daarvan dat daar bewys is dat huweliksverbrokkeling onherstelbaar is nie. Dit is onduidelik wat die hof bedoel met die uitlating dat die woord behandeling dui "op omskepping van 'n persoon tot 'n ander mens of van verbrokkeling tot versoening." Kan dit byvoorbeeld wees waar een van die gades aan 'n afstootlike fisieke gebrek ly wat deur 'n operasie, ensovoorts herstel word? Indien dit die soort geval is, beteken dit dat die onherstelbaarheid van die huweliksverbrokkeling eers sal vasstaan nadat die siek gade behandel is en dit daarna duidelik word dat die huwelik nogtans nie voortgesit sal word nie. Voor die omskepping van die gade "tot 'n ander mens" is daar eenvoudig nog nie sprake van huweliksverbrokkeling wat onherstelbaar is nie.

Waarnemende regter Kotze meen ook dat artikel 6(1) 'n diskresie aan die hof verleen om 'n egskeiding te weier ten spyte van die bewys dat die huweliksverbrokkeling onherstelbaar is. Artikel 6(1) bepaal egter slegs dat die hof nie 'n egskeidingsbevel mag uitreik indien die voorsiening vir die welsyn van die kinders nie bevredigend of die beste in die omstandighede is nie. Hierdie artikel bevat 'n beletsel teen die uitreiking van 'n egskeidingsbevel. Die hof het geen diskresie nie. Indien hy bevind dat die reëlings vir die kinders nie bevredigend of die beste in die omstandighede is nie, mag hy eenvoudig geen egskeidingsbevel verleen nie.

Die hof volstaan met die pas bespreekte twee "voorbeelde" van gevalle waar hy 'n diskresie het om 'n egskeiding te weier ten spyte van die bewys van onherstelbare huweliksverbrokkeling. 'n Mens kan sekerlik steeds argumenteer dat hierdie diskresie judisieel in die sogenaamde "hardship cases" deur die howe uitgeoefen kan word.

Die laaste aspek van hierdie uitspraak wat vermelding verdien, is die feit dat daar ten opsigte van die finansiële reëlings vir die respondente met inflasie rekening gehou word. Die appellant word naamlik gelas om solank

as wat die respondente in die Sederthof Tehuis vir Verswakte Bejaardes of enige ander inrigting of hospitaal verkeer, maandeliks aan haar 'n bedrag te betaal wat voorsien in al haar behoeftes, insluitende losies of verblyfkostes, tandheelkundige, oogkundige en mediese koste van welke aard ook al en alle gelde van praktisyns wat haar mag behandel. Met ander woorde, kostestygings van enigeen van hierdie dienste word outomaties in die bevel geabsorbeer sodat die appellant daarvoor aanspreeklik bly.

AH BARNARD
*Universiteit van Suid-Afrika*

*A wedding is public business. That is the point of it. The couple are not merely marrying one another. They are joining the enterprise of the human race. They are, at least in part, submitting themselves to the larger logics of life, to the survival of the community, to life itself. They enter into an agreement with processes deeper than they can know.*
*Lance Morrow* Time *bd 121 nr 26 57*

# BOEKE

## FUNCTIONAL THEORY IN TRADE MARK LAW

by DWR HERTZOG

*Annals, University of Stellenbosch, Volume 4, Series B, No 1, 1981, 198 pages*

Price R4,50

This work is the author's published thesis which was presented for the degree of doctor of laws at the University of Stellenbosch. The aim of the thesis is to determine which of the various socio-economic functions of a trade mark are legally protected functions. The author states on page 9 that the research has been undertaken primarily with a view to making some conclusions about the legal function of a trade mark in South African law. To this end a comparative study is made of the legal systems of Germany, France, England, USA and South Africa. Reference is also made to the law of the European Economic Community and to international treaties in the field of trade marks. In each case the relevant statutory provisions, the case law and the views of authors are discussed.

The thesis is divided into six chapters. It commences, in chapter one, by providing an historical and conceptual background to the research. In chapter two the various statutory definitions of a trade mark which deal with the basic concept of a trade mark in terms of its function(s) are critically examined. The thesis then proceeds to examine certain aspects of trade mark law from which indirect deductions about the legally protected function(s) of a trade mark can be made. Assignment is dealt with in chapter three, licensing in chapter four and parallel imports in chapter five. Chapter six contains the conclusions reached in the course of the research together with some practical suggestions for legal reform.

In his thesis the author points out that the legally protected function of a trade mark has undergone a shift in emphasis from the basic origin function (concrete and abstract) to a distinction function. Today, a trade mark is used not so much for the purpose of indicating the origin of goods as for providing a means of identifying (and therefore distinguishing) goods. While identification (and thus distinction) may take place through an origin connection this will not necessarily be the case. In practice, a trade mark may fulfil various functions such as an origin, quality or advertis-

ing function in different situations and the law should take cognisance of this fact. The author is of the opinion that legal recognition should be given to a broad distinguishing function. This function is wide enough to make allowance for distinction in terms of origin, quality, advertising or any other function which a trade mark may fulfil in a practical situation.

A doctoral thesis by its very nature will attract only a very limited readership. However, the research contained in this thesis has important practical implications and this work can therefore be recommended to persons interested in trade mark law.

BR RUTHERFORD
*University of South Africa*

**MOTOR LAW VOLUME I**

by WE COOPER

*Juta & Co Ltd, Cape Town, pp cxxvi plus 740*

Price hard cover R75,00 (excluding GST)

The pre-publication pamphlet announces that *Motor Law* replaces the well-known *South African Motor Law*, perhaps more generally referred to simply as *Cooper & Bamford*, which for many years was the standard text-book in South Africa on matters related to road traffic. As the author notes in his preface, however, the new work, *Motor Law*, is entirely new, although it bears "some traces of its ancestry." Volume I alone is almost as long as its predecessor. Perhaps the most important distinction between the two works, however, is the fact that *Cooper & Bamford* appeared in 1965, a year before the Uniform Road Traffic Ordinances of 1966, and therefore, in so far as the interpretation of the provisions of the Road Traffic Ordinances was concerned, had to be handled with the greatest of care. *Motor Law*, on the other hand, is not only based upon the current legislation, but also upon sixteen years of case law relating to the relevant provisions. The case law dealt with is up to date to the end of March 1981.

Volume I of the new work, *Motor Law*, deals with the Road Traffic Ordinances and Road Traffic Regulations. Volume II, which is still to be published, will, according to the author, deal with the common law principles pertaining to liability in road traffic collisions and those provisions of the road traffic legislation which relate to the road user's duties. In effect, it appears as if volume I deals with the administrative and criminal aspects of the road traffic legislation while volume II, when it appears, will deal with the civil aspects of the road traffic collisions. As was the case with *Cooper & Bamford* as well, the new work does not deal with the Compulsory Motor Vehicle Insur-

ance Act 56 of 1972. Moreover, the chapter in *Cooper & Bamford* dealing with the Motor Carrier Transportation Act 39 of 1930 (presently the Road Transportation Act 74 of 1977) will not be included in the new work. Another familiar landmark in *Cooper & Bamford* which has disappeared is chapter 18, contributed by professor HA Shapiro, on the "Medico-Legal Aspects of Acute Alcoholic Intoxication." This chapter, which was the source of many a lively argument in court and a guide to the cross-examination of district surgeons and pathologists, will be missed by practitioners. However, the need for it largely fell away with the publication in 1977 of *Alcohol, Drugs and Road Traffic* by WE Cooper, TG Schwär and LS Smith, which deals comprehensively with the subject formerly covered by Shapiro's chapter in *Cooper & Bamford.* By way of compensation for the exclusion of this chapter on the medico-legal aspects of intoxication, an appendix (Appendix E) is included in *Motor Law* dealing with blood alcohol calculations, including calculations based upon the analysis of samples of urine, breath, cerebrospinal fluid, vitreous humour of the eye and post-mortem blood. Although it can by no means be regarded as a substitute for the more comprehensive work of Cooper, Schwär and Smith, this appendix should provide a very useful ready reckoner when that work is not to hand.

Owing largely to the structure of the ordinances, which, as mentioned above, came after the publication of *Cooper & Bamford*, a general reshuffling of the material and topics contained in *Cooper & Bamford* was necessary. The following, however, are among the prominent features which distinguish *Motor Law* from its predecessor. A brief but interesting history of the development of road traffic legislation in South Africa has been added to the discussion of the purpose and scope of the ordinances. Two entire chapters are devoted to a very useful discussion of the definitions contained in the ordinances and regulations, respectively (cf Appendix A of *Cooper & Bamford*) and a further two chapters to road traffic signs and driving traffic signals. The author's discussion of the Rules of the Road contained in chapter VI of the ordinances is particularly systematic and instructive; more so, it is submitted, than the discussion of the "specific duty situations" comprising part five of *Cooper & Bamford.* The discussion of criminal liability generally, as it may apply in the road traffic situation; the specific criminal offences contained in the ordinances; and the relevant penal and procedural matters is now contained in parts nine and ten, the final chapters, of *Motor Law.* Although there is still much in these chapters which readers acquainted with parts three and four of *Cooper & Bamford* will find familiar, this part of the book has been entirely rewritten and, despite the vast body of case law which has accumulated, the author has avoided the pitfall of simply adding the new cases and has succeeded in actually condensing his discussion of the criminal aspects considerably.

Although the fact that volume II of *Motor Law* has not yet made its appearance is to be regretted, volume I is assured of a very hearty welcome by

the courts and practitioners dealing with the criminal aspects of the law pertaining to motor vehicles.

AJ MIDDLETON
*University of South Africa*

*Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20-25 bladsye getik op A4, dubbelspasiëring). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.*

*Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.*

# 'n Huurder se aanspraak op vermindering van huurgeld terwyl hy in besit van die huursaak is

JN Piek
*B Jur LLB M Com*
*Mede-professor in die Handels- en Arbeidsreg aan die Universiteit van Pretoria*

DG Klein
*BA LLB*
*Senior lektor in die Romeinse Reg aan die Universiteit van Pretoria*

**SUMMARY**

**The Lessee's Claim for Reduction of Rent while he is in Possession of the Property**

In *Steynberg v Kruger* 1981 3 SA 473 (O) it was decided that a lessee who was in possession of property let, but did not have the full beneficial use of the property was not required to pay the full rental. This decision was in conflict with a number of other cases, in which it was decided that as long as a lessee was in possession of the thing let, he had to pay the full rent; the fact that he did not have full beneficial use of the thing let was only relevant when his counter-claim for damages was considered. The most important of these cases is *Arnold v Viljoen* 1954 3 SA 322 (C). It is submitted that this decision and all the subsequent cases in which *Arnold v Viljoen* was followed in this respect, find no support in our common law, that it is in conflict with a majority of decided cases and, furthermore, that it is in conflict with the general principles of our law of contract. According to our common law and case law a lessee who has not had full beneficial use of the thing let, may claim a remission of rent even if he remains in possession of it.

## 1 INLEIDING

In die saak *Steynberg v Kruger*[1] het regter LC Steyn afgewyk van 'n omstrede standpunt ingeneem in 'n aantal vorige sake[2] waarin beslis is dat 'n huurder wat gebrekkige genot en gebruik van 'n huursaak het, slegs kan aanspraak maak op 'n vermindering van die huurgeld indien hy die huursaak ontruim, en dat indien hy nie die huursaak ontruim nie, hy die volle huurgeld moet betaal en dan by wyse van 'n aksie om skadevergoeding 'n *pro rata*-deel kan terugeis. Regter Steyn het in die saak beslis dat al sou 'n huurder nie die huursaak ontruim nie, hy steeds

1 1981 3 SA 473 (O).

2 *Arnold v Viljoen* 1954 3 SA 322 (K) 330A-C; *Tooth v Maingard and Mayer* 1960 3 SA 127 (N) 132H; *Marcuse v Cash Wholesalers (Pvt) Ltd* 1962 1 SA 705 (FSC) 708H; *Bourbon-Leftley v Turner* 1963 2 SA 104 (K) 106E; *Appliance Hire v Natal Fruit Juices* 1974 2 SA 287 (D) 289F en 291C; *Basinghall Investments v Figure Beauty Clinics* 1976 3 SA 112 (W) 120H en 121F; *Greenberg v Meds Veterinary Laboratories* 1977 2 SA 277 (T) 284E en H; *Parekh v Shah Jehan Cinemas* 1980 1 SA 301 (D) 310G-H *(obiter)*.

geregtig is op 'n vermindering van die huurgeld vir sover hy nie behoorlike gebruiksgenot van die saak gehad het nie.[3]

In hierdie artikel sal daar gekyk word na die huurder se reg om aanspraak te maak op betaling van 'n verminderde huurgeld waar hy sonder enige skuld aan sy kant nie die volle genot en gebruik van die huursaak het nie. Daar sal ook besin word oor die vraag of dit vir hom nodig is om die huursaak te ontruim voordat hy sodanige aanspraak kan maak.

Die omstrede standpunt waarna hierbo verwys is en waarteenoor daar in die artikel standpunt ingeneem sal word, is in *Arnold v Viljoen*[4] soos volg geformuleer:

> "[T]he test for the tenant's liability for rent is whether he was in occupation or in possession of the leased premises and not whether such occupation or possession was beneficial or not. This latter element will of course be a consideration when the tenant's counter-claim for damages comes to be considered."

Dié *dictum* wat ook in latere sake nagevolg is, laat die volgende twee vrae ontstaan:

a Wat behels die verhuurder se belangrikste verpligting teenoor die huurder: om slegs besit aan hom te verskaf of ook die verskaffing van "beneficial occupation?"
b Indien die verhuurder nie bogenoemde plig sou nakom nie, wat staan die huurder te doen: kan hy weier om die huurgeld te betaal, òf kan hy slegs 'n *pro rata*-deel van die huur betaal, òf moet hy die volle huurgeld betaal en met 'n aksie om skadevergoeding 'n *pro rata*-deel terugeis?

In verband met laasgenoemde vraag moet in gedagte gehou word dat wetgewing van die Kaap[5] en Vrystaat[6] wat 'n huurder sy reg ontneem om op 'n verminderde huurgeld aanspraak te maak omdat die grond niks opgelewer het nie, herroep is.[7]

Daar sal vervolgens gepoog word om bogenoemde twee vrae te beantwoord.

## 2 DIE VERHUURDER SE BELANGRIKSTE VERPLIGTING

### 2 1 Verskaffing van genot en gebruik

Die verhuurder se belangrikste verpligting is om die genot en gebruik van die huursaak aan die huurder te laat toekom.[8] Dit beteken dat die verhuurder die saak

3 478.
4 330B.
5 a 7 van Wet 8 van 1879.
6 a 5 van Ord 5 van 1902.
7 Hersieningswet op die Voor-Unie-Wette 43 van 1977.
8 *D* 19 2 15 1: "[S] i re, quam conduxit, *frui* ei non liceat;" *D* 19 2 15 8: "Plaine si forte dominus *frui* non patiatur . . . quod interest preaestabitur." Vgl *D* 19 2 24 4; De Groot *Inleidinge* 3 19 1: "Huir is een overkoming waer door iemand hem verbind . . . 't *ghebruick* van eenighe andere zaeck, een ander te laten volghen . . ." (ook 3 19 12); Voet *Commentarius ad Pandectas* 19 2 1: "[C]um locatio conductio sit ipse contractus, bonae fidei, consensu constans, de *usu* vel opera cum mercede commu-

in die ooreengekome toestand aan die huurder moet lewer[9] en redelikerwys in die toestand moet onderhou.[10]

In die Suid-Afrikaanse reg is daar al verwys na die verhuurder se plig in dié verband as synde, onder andere, om die huurder te voorsien van "beneficial occupation,"[11] "full and free use and beneficial occupation,"[12] "quiet possession and beneficial occupation,"[13] "use,"[14] of "beneficial enjoyment,"[15] "beneficial user,"[16] "*commodus usus*"[17] en gebruiksgenot.[18]

tanda" (ook 19 2 14); Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 19 5: "[I] ta tamen ut si *usum* rei non praestet locator, in id quod interest teneatur" (ook 3 19 12); Van Leeuwen *Censura Forensis* 4 22 1: "[E]stque contractus quo *usus* rei vel opera pro certa mercede conceditur" (ook 4 22 10); Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 15 11: "('n Huurkontrak is 'n kontrak) waar bij de een sich verbindt om den ander, geduurende eenen bepaalden tijd, het gebruik van eene zekere zaak te doen hebben . . ." (ook 1 15 12); Huber *Heedensdaegse Rechtsgeleerdheyt* 3 10 pr: "De huirder heeft te eyschen, dat hem het vry *gebruik* van het verhuirde werde geleevert of anders sijn intrest dien te neffens;" Pothier *Louage* (Mulligan se vertaling) 53: "It follows from our definition of the contract of lease, that the obligation to the lessee undertaken by the lessor is, by the very nature of the contract, to give the lessee the *enjoyment or use* of the thing let; *praestare frui licere, uti licere*." (Ons kursiveer) (ook art 1). Wat die Suid-Afrikaanse regspraak betref, sien bv *Frenklen & Co v Rand Mines Produce* 1909 TS 129 131; *Poynton v Cran* 1910 AD 205 221; *Bowen v Daverin* 1914 AD 632 650; *Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207 218; *Marais v Cloete* 1945 EDL 238 242; *Hunter v Cumnor Investments* 1952 1 SA 735 (K) 740A; *Philipson v Bahadur* 1956 1 SA 83 (SR) 93E; *Bayley v Harwood* 1953 3 SA 239 (T) 242H; *Harlin Properties v Los Angeles Hotel* 1962 3 SA 143 (A) 151A; *Heerman's Supermarket v Mona Road Investments* 1975 4 SA 391 (D) 393B.

9 *D* 19 2 15 1, 8; *D* 19 2 19 2; *D* 19 2 25 1; De Groot 3 19 5; Voet 19 2 14, 26; Van der Keessel *Prae ad Gr* 3 19 12; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 15 12; Huber *HR* 3 10 1; Van Leeuwen *CF* 4 22 10; Pothier *Louage* 74; *Tshandu v City Council, Johannesburg* 1974 1 SA 494 (W) 497; *Soffiantini v Mould* 1956 4 SA 150 (O) 153D; *Bodasingh's Estate v Suleman* 1960 1 SA 288 (N) 290F; *Eksteen v Pienaar* 1969 1 SA 17(O) 20F.

10 *D* 19 2 15 1; *D* 19 2 19 2; De Groot 3 19 12; Voet 19 2 14; Van der Keessel *ad Gr* 3 19 12; Van Leeuwen *CF* 4 22 10; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 15 12; Huber *HR* 3 10 2; Pothier *Louage* 106-108. Wat die Suid-Afrikaanse regspraak betref, sien bv *Assignees Kaiser Bros v Continental Caoutchouc Co* 1906 SC 736 739; *Poynton v Cran* hierbo 214 221; *Hunter v Cumnor Investments* hierbo 740A; *Harlin Properties v Los Angeles Hotel Ltd* hierbo 150H; *Heerman's Supermarket (Pty) Ltd v Mona Road Investments (Pty) Ltd* hierbo 393B.

11 *Rahman v Suliman* 1900 NLR 133 135; *Stockham & De Jong v Kaplansky* 1901 SC 156 159; *North Western Hotel v Rolfes Nebel & Co* 1902 TS 324 331; *Foulger v Liebermann Bellstedt & Co* 1902 SC 15 17; *Goldberg v Nante* 1903 TH 150 155; *Zweigenhaft v Rolfes Nebel & Co* 1903 TH 242 245; *Sheffield and Sheffield v Hart* 1903 TH 469 481; *Morris v Mappin & Webb* 1903 TS 244 248; *Koeningsberg Hopkins & Co v Robinson Gold Mining Co* 1905 TH 90 98; *Mountstephens & Collins v Ohlssohn's Cape Breweries* 1907 TH 56 57; *Hughes v Levy* 1907 TH 276 280; *Seligson v Ally* 1928 TPD 259 263; *Larkin v Jacobs* 1929 TPD 693 695; *Bardopoullos v Miltiadous* 1947 4 SA 860 (W) 866; *Capital Waste Paper Co v Magnus Metals* 1964 3 SA 286 (N) 289; *Bayley v Harwood* 1954 3 SA 498 (A) 504A.

12 *Orsmond v Van Heerden* 1930 TPD 723 724.

13 *Holtshausen v Minnaar* 1905 HCG 50 54.

14 *Rubidge v Hadley* (1884) 2 M 174 178; *Fleming v Johnson* 1903 TS 319 324; *Partridge v Adams* 1904 TS 472 475; *Clarke v Nourse Mines* 1910 TPD 512 517; *Murman v Minchin* 1910 HCG 313 323; *Bayley v Harwood* 1954 3 SA 498 (A); *Enter Centre v Brogneri* 1972 1 SA 177 (K) 123B; *Mount Hargo Investments v Peersons Extension* 1976 3 SA 343 (D) 346A.

15 *Godfrey and Aronstein v Bernberg & Co* 1903 TH 372 378.

16 *Salisbury Building and Investment Society v British South Africa Company* 1904 SC 238 242.

17 *The Treasure Chest v Tambuti Enterprises* 1975 2 SA 738 (A) 748H.

18 *Steynberg v Kruger* hierbo 478A.

Uit die voorgaande volg dit dus dat hoewel die verhuurder verplig is om okkupasie[19] van die huursaak aan die huurder te gee, sy verpligtinge daarmee nog nie afgehandel is nie. Die verhuurder het 'n deurlopende verpligting om ongestoorde genot en gebruik van die huursaak aan die huurder te voorsien.[20]

## 2 2 Verskaffing van slegs besit?

Die sake waarna hierbo verwys is, waarin beslis is dat 'n huurder wat in besit van 'n huursaak is die volle huurgeld moet betaal ongeag die feit dat die huurder gebrekkige of geen genot en gebruik van die huursaak het nie, skep die indruk dat die verhuurder slegs verplig is om okkupasie van die saak aan die huurder te voorsien. So 'n afleiding is in stryd met die gemenereg en 'n hele aantal Suid-Afrikaanse gewysdes. Die vraag is egter in hoe 'n mate dié afwykende sake die gemeenregtelike posisie verander het.

Op die oog af lyk dit asof die beslissing van hoofregter De Villiers in *Treasurer-General v Loxton*[21] bogenoemde afwykende standpunt steun. In dié saak het die huurder se genot en gebruik as gevolg van oorlogstoestande afgeneem. Die regter maak dit duidelik dat die huurder by sluiting van die huurkontrak bewus was van die feit dat vyandighede reeds uitgebreek het.[22] Hieruit lei hy skynbaar af dat die huurder op die basis dat sy genot en gebruik mag afneem met die verhuurder gekontrakteer het. Daar word aan die hand gedoen dat die saak dus nie gesag is daarvoor dat 'n huurder wat in besit van die huursaak is en gedeeltelike genot en gebruik van die saak het, die volle huurgeld moet betaal nie.

In *Lipinski v Bezuidenhout*[23] het regter Smith bevind dat die huurder se "right of possession [van 'n onbeboude perseel] was never interfered with throughout the war"[24] en dat die huurder gevolglik nie geregtig was op enige remissie van huurgeld nie, hoewel dit duidelik was dat die huurder as gevolg van die oorlog nie die beplande gebou op die perseel kon oprig nie.[25] In die lig hiervan en in die lig van regter Smith se bevraagtekenbare standpunt dat "the principles of the Roman-Dutch law [ten opsigte van vermindering van huurgeld] are [not] applicable to the case of building leases, such as the one in question today"[26] kan die saak ook nie as gesag aanvaar word dat blote besit van die huursaak die verhuurder geregtig maak op die volle huurgeld nie.

In *Assignees Kaiser Brothers v Continental Caoutchouc Co*[27] sê hoofregter

19 Cooper *South African Law of Landlord and Tenant* (1973) 248 vn 24 en Lotz in Joubert (red) *The Law of South Africa* bd 14 (1981) par 142 vn 2 wys daarop dat 'n huurder 'n okkupeerder en nie 'n *possessor* is nie.

20 Willie *Landlord and Tenant* (1956) 160; De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 316.

21 (1881) 1 SC 304.

22 306.

23 1902 TH 231.

24 242.

25 245.

26 t a p.

27 hierbo.

De Villiers dat 'n huurder wat nie kan bewys dat die huursaak prakties onbruikbaar is vir die doel waarvoor dit verhuur is as gevolg van die verhuurder se versuim om dit te onderhou nie, nie die huursaak mag ontruim nie en gevolglik die volle huurgeld moet betaal.[28] Die regter is van mening dat die huurder 'n teeneis moet instel vir sy verminderde genot en gebruik van die huursaak. Die sake en gemeenregtelike gesag wat hoofregter De Villiers aanhaal, steun egter nie so 'n afleiding nie.[29]

Die eerste saak waarin die huurder se plig om die volle huurgeld te betaal indien hy in besit van die huursaak is, onomwonde gestel is, is *Arnold v Viljoen.*[30] In dié saak het die huurder 'n gebou gehuur met die uitsluitlike doel om dit as hotel te gebruik. Die gesondheidsowerhede het egter vereis dat sekere veranderinge aangebring moes word voordat 'n permit om die gebou as hotel te gebruik, uitgereik sou word. Daar was ook sekere defekte aan die dak en elektriese sisteem. Die huurder kon dus nie die perseel in dié toestand as 'n hotel gebruik nie. Op grond hiervan beweer hy dat hy geen "beneficial occupation" gehad het nie en dus nie aanspreeklik is vir enige huur nie.[31] Regter Van Winsen bevind dat aangesien die huurder in besit van die saak was, hy aanspreeklik is vir die volle huurgeld.[32] Die vraag of die huurder se besit "beneficial" was, kom volgens die regter eers ter sprake wanneer eersgenoemde se teeneis om skadevergoeding oorweeg word.[33] Regter Van Winsen vind gesag vir sy standpunt in *Sapro v Schlinkman*,[34] *Spencer v Gostelow*[35] en *Parry, Leon and Hayhoe v Yorkshire Insurance Co Ltd.*[36]

In die lig van die kritiek wat regter Van Winsen se beroep op *Sapro v Schlinkman* ontlok het, word laasgenoemde beslissing kortliks bespreek.[37]

In dié saak het die verweerder se huurkontrak met die eiser verval en laasgenoemde het aansoek gedoen om 'n uitsettingsbevel teen eersgenoemde. Die saak is egter buite die hof geskik. Volgens die skikkingsooreenkoms wat 'n bevel van die hof gemaak is, sou die verweerder die perseel vir 'n verdere 15 maande huur teen 'n ooreengekome verhoogde huurgeld. Klousule vyf van die skikkingsakte het egter die probleme veroorsaak. Hiervolgens moes 'n huurkontrak deur die

28 742.

29 Die regter verwys na *Salisbury Building Society v BSA Co* hierbo en *Lipinski v Bezuidenhout* hierbo. In eersgenoemde saak is bevind dat 'n huurder van die datum waarop die huursaak deur 'n brand vernietig is, nie vir enige huurgeld aanspreeklik is nie. Laasgenoemde saak is, soos hierbo aangetoon, op 'n verkeerde analise van die feite en die gemenereg gebaseer. Die gemeenregtelike gesag waarop die regter steun, nl *D* 19 2 25 2; *D* 19 2 15; De Groot 3 19 12; Voet 19 2 23 en Van Leeuwen *CF* 4 22 17 dui eerder daarop dat die huurder wel op 'n vermindering van die huurgeld geregtig is. Sien die bespreking van die tekste hieronder.

30 hierbo.

31 329F.

32 330.

33 330C.

34 1948 2 SA 637 (A).

35 1920 AD 617 726.

36 1940 CPD 397 402.

37 Sien vn 39-20 hieronder en *Steynberg v Kruger* hierbo.

eiser se prokureur opgestel word "to incorporate the usual terms." Twee konsep-huurkontrakte is deur die eiser voorgelê maar albei is deur die verweerder verwerp omdat dit volgens laasgenoemde (en volgens die hof)[38] nie "the usual terms" bevat het nie. Die verweerder het intussen ongestoorde genot en gebruik van die saak gehad. Die eiser eis vervolgens die verhoogde huurgeld waarop ingevolge die skikkingsakte ooreengekom is.

Daar is gevolglik 'n duidelike onderskeid tussen die feite in *Sapro v Schlinkman* en *Arnold v Viljoen* vir sover dit die genot en gebruik van die huurder betref.[39] In eersgenoemde saak het die huurder *volle* genot en gebruik van die saak gehad maar beweer dat hy nie aanspreeklik is vir die huurgeld nie omdat daar nie ooreengekom kon word op sekere nie-essensiële bedinge[40] nie. In *Arnold v Viljoen* het die huurder *geen* genot en gebruik van die perseel as 'n hotel gehad nie en op grond hiervan beweer dat hy nie aanspreeklik is vir huurgeld nie.

Al sou die feite in *Sapro v Schlinkman* en *Arnold v Viljoen* in so 'n mate ooreengestem het dat regter Van Winsen hom in laasgenoemde saak op *Sapro v Schlinkman* kon beroep, steun die gemeenregtelike gesag waarop regter Davis hom in *Sapro v Schlinkman* beroep, nie die afleiding dat 'n huurder wat in besit is maar gebrekkige genot en gebruik het, die volle huurgeld moet betaal nie.[41] Om dié rede word aan die hand gedoen dat die kritiek van Cooper,[42] De Wet en Yeats,[43] Lotz[44] en regter LC Steyn[45] geregverdig is:[46] *Sapro v Schlinkman* is nie gesag vir die standpunt dat 'n huurder wat gebrekkige genot en gebruik van 'n huursaak het eers sy besit van die saak moet prysgee voordat hy 'n remissie van die huurgeld kan eis nie.[47]

38 644. Die hof *a quo* het die beswaar vollediger ontleed in *Schlinkman v Van der Walt* 1947 2 SA 900 (O) 918-919.

39 Hierdie onderskeid tussen die twee sake is reeds in *Arnold v Viljoen* deur die respondent geopper, maar deur regter Van Winsen van die hand gewys (sien 330B). Die standpunt word ook gehuldig deur Cooper 93, De Wet en Yeats 316 vn 23 en r LC Steyn in *Steynberg v Kruger* hierbo 478B.

40 Die hof *a quo* (911) het daarna verwys as "accessory terms."

41 R Davis beroep hom (644) op *D* 19 2 28, as synde kommentaar op *D* 19 2 27 1 ("Labeo however adds . . ."). Volgens laasgenoemde teks hoef 'n huurder wat die huursaak as gevolg van 'n redelike vrees vir gevaar verlaat, nie huurgeld te betaal nie. Indien daar geen redelike vrees is nie, moet die huurder ten spyte van die feit dat hy die saak verlaat het die volle huurgeld betaal. Indien *D* 19 2 28 gesien word as kommentaar op *D* 19 2 27 1, moet die huurder wat ten spyte van die redelike vrees verkies om steeds die saak te gebruik, die volle huurgeld betaal. Bogenoemde tekste handel dus oor die gevalle waar die huurder die huursaak verlaat en dus sy genot en gebruik van die saak beëindig weens 'n redelike vrees, of verkies om ten spyte van die redelike vrees die volle genot en gebruik van die saak te behou. Dit handel met ander woorde nie oor die geval waar 'n huurder, ten spyte van sy gebrekkige genot en gebruik van die huursaak, in besit van die saak bly en daarom verplig word om die volle huurgeld te betaal nie.

42 93.

43 316 vn 23.

44 144.

45 *Steynberg v Kruger* hierbo 478A.

46 In die volgende sake is die kritiek van Cooper en De Wet en Yeats egter verwerp: *Appliance Hire (Natal) Ltd v Natal Fruit Juices Ltd* hierbo 289H; *Basinghall Investments Ltd v Figure Beauty Clinics Ltd* hierbo 121D; *Greenberg v Meds Veterinary Laboratories (Pty) Ltd* hierbo 282B-D.

47 Daar word aan die hand gedoen dat die *ratio* van die saak is dat 'n huurder wat volle genot en gebruik van die saak het die volle huurgeld moet betaal al sou die verhuurder in gebreke bly om 'n nie-essensiële term van die kontrak na te kom.

Regter Van Winsen se beroep op *Spencer v Gostelow* en die *Parry, Leon and Hayhoe*-saak gaan ook nie op nie. In die eersgenoemde saak[48] sê hoofregter Innes wel dat die huurder wat die huursaak ontruim huurgeld moet betaal *pro rata* tot die tydperk van sy "occupation,"[49] maar uit die voorafgaande[50] en daarop volgende[51] sinne, asook sy beroep op Voet 19 2 23 en 19 2 26[52] is dit duidelik dat hy "occupation" hier as sinoniem van "enjoyment" sien en dus "beneficial occupation" bedoel.

Daar word aan die hand gedoen dat *Parry, Leon and Hayhoe Ltd v Yorkshire Insurance Co Ltd* ook nie gesag is vir die standpunt deur regter Van Winsen ingeneem nie. In dié saak het die "huurder" volle genot en gebruik van die saak gehad ingevolge 'n huurkontrak wat beëindig is. Die vraag was of hy "huurgeld" moes betaal vir die tydperk van sy genot en gebruik van die saak na beëindiging van die huurkontrak. Dit het nie in die saak gegaan oor die betaling van huurgeld deur 'n *huurder* wat *gebrekkige genot en gebruik* gehad het van die huursaak waarvan hy in besit was nie.

Hoewel daar in *Tooth v Maingard and Mayer (Pty) Ltd*[53] met goedkeuring na bogenoemde *dictum*[54] uit *Arnold v Viljoen* verwys is,[55] is die saak om dieselfde redes as wat in die vorige paragraaf ten opsigte van *Parry, Leon and Hayhoe v Yorkshire Insurance Co Ltd* aangevoer is, nie gesag vir die standpunt dat 'n huurder wat ingevolge 'n *geldige* huurkontrak *gebrekkige* genot en gebruik van die huursaak het, die volle huurgeld moet betaal solank hy in besit van die huursaak is nie.[56]

Die volgende saak waarin beslis is dat 'n huurder wat in besit van die huursaak is die volle huurgeld moet betaal, is *Marcuse v Cash Wholesalers (Pvt) Ltd*.[57] In dié saak is bevind dat die huursaak wesentlik ongeskik was vir die doel waarvoor dit verhuur is,[58] maar dat aangesien die huurder nog die sleutel van die gebou gehad het, gepoog het om die perseel te onderverhuur en aansoek gedoen het om 'n handelslisensie ten opsigte van die perseel, hy "occupation or posses-

48 626.

49 "But he [die huurder] is, speaking generally, liable for a part of it [die huurgeld], proportionate to the time during which he had *occupation* . . ." (ons kursiveer).

50 "Now where the lessee of land has not had the *enjoyment* of the leased property for the full contractual term . . . he is not liable for the full rent" (ons kursiveer).

51 "The fact that, through no fault of his own, he has not had the *benefit of the property* for the part of the term does not absolve him from liability in respect of the period of his usual *enjoyment*" (ons kursiveer).

52 In albei die tekste verwys Voet na 'n huurder wat die huursaak ontruim se plig om huur te betaal vir die tydperk van sy gebruik (*usus*). Voet gooi nie die huurder se plig om huurgeld te betaal oor die boeg van die huurder se besit nie: sien die bespreking van die tekste hieronder.

53 1960 3 SA 127 (N).

54 Sien par 1 hierbo.

55 132H.

56 Uit die feit dat Cooper 91, De Wet en Yeats 316 vn 23 en Lotz 144 vn 17 nie *Tooth v Maingard and Mayer (Pty) Ltd* in dié verband noem nie, kan afgelei word dat hulle dit ook nie as gesag in hierdie verband sien nie.

57 hierbo.

58 706C.

sion" van die huursaak gehad het[59] en dus die volle huurgeld moes betaal. Die enigste twee sake wat hoofregter Clayden as gesag aanhaal waarvan die *dicta* toepaslik is, is *Sapro v Schlinkman* en *Arnold v Viljoen*.[60]

In *Bourbon-Leftley v Turner*[61] is beslis dat aangesien die huurder 'n groot stoof op die perseel gelaat het, hy nie die huursaak ontruim het nie en dat hy daarom aanspreeklik was vir die volle huurgeld ten spyte daarvan dat hy as gevolg van die verhuurder se versuim om sekere herstelwerk aan te bring, nie 'n lisensie kon kry om op die perseel handel te dryf nie. Regter Banks beroep hom op *Sapro v Schlinkman* en *Tooth v Maingard and Mayer (Pty) Ltd.*

In *Appliance Hire (Natal) (Pty) Ltd v Natal Fruit Juices (Pty) Ltd*[62] is met 'n beroep op *Arnold v Viljoen* en *Tooth v Maingard and Mayer (Pty) Ltd*[63] beslis dat die huurder wat "in occupation" van die gehuurde masjiene was[64] die volle huurgeld moes betaal, ten spyte van die verhuurder se versuim om sommige daarvan te onderhou.[65] Die verhuurder se aansoek om voorlopige vonnis is gevolglik toegestaan. Regter Milne se kritiek op Cooper se standpunt dat *Arnold v Viljoen* verkeerd beslis is, gaan nie op nie. Hy is skynbaar van mening dat Cooper se standpunt is dat 'n remissie van huurgeld slegs kan plaasvind waar die huurder sy genot en gebruik van die huursaak[66] geheel en al *ontneem* is (wat nie die geval in die onderhawige saak was nie). Cooper se standpunt is egter dat "a lessee is entitled to a reduction of rent *proportional* to the reduced use and enjoyment he receives from the defective premises."[67]

Die verhuurder in *Basinghall Investments v Figure Beauty Clinics*[68] het ook geslaag in sy eis om 'n voorlopige vonnis teen die huurder. Regter McEwan bevind met 'n beroep op *Sapro v Schlinkman*, *Arnold v Viljoen* en *Marcuse v Cash Wholesalers (Pvt) Ltd* dat al sou die huurder nie die volle genot en gebruik van die saak hê nie, die verhuurder steeds 'n gelikwideerde eis het vir die volle huurgeld waar die huurder "in possession" van die perseel is.[69] Hy verwys na die kritiek van Cooper en De Wet en Yeats,[70] maar vereenselwig hom skynbaar met regter Milne se opmerking in dié verband in die *Appliance Hire*-saak [71] waarin laasgenoemde die kritiek van die hand wys.

In *Greenberg v Meds Veterinary Laboratories (Pty) Ltd*[72] besluit regter

59 709A.
60 708H.
61 hierbo.
62 hierbo.
63 289G. Regter Milne beskou homself skynbaar gebonde aan die bevinding van die enkele regter in *Arnold v Viljoen*: sien 289H.
64 291C.
65 t a p.
66 289A.
67 91 (ons kursiveer).
68 hierbo.
69 121F.
70 121B en D.
71 121H.
72 hierbo.

Franklin dat die reël in *Arnold v Viljoen* ook van toepassing is waar die huurder nie as gevolg van die verhuurder se versuim die genot en gebruik van die saak ontneem is nie, maar as gevolg van *vis major*. Regter Franklin wys daarop dat daar met goedkeuring na *Arnold v Viljoen* in die volgende sake verwys is: *First Industrial Excavation Land Development Engineering & Clearing Corporation of SA Ltd v Duncker and Vladislavich (Pty) Ltd*[73]; *Sydmore Engineering Works (Pty) Ltd v Fidelity Guards (Pty) Ltd*[74]; *Crest Enterprises (Pty) Ltd v Rycklof Beleggings (Edms) Bpk*[75] en *Appliance Hire (Natal) (Pty) Ltd v Natal Fruit Juices (Pty) Ltd*.[76]

Hoewel die regter korrek is in sy opvatting dat gemelde sake na *Arnold v Viljoen* verwys, is die enigste saak wat die standpunt steun dat 'n huurder wat besit het die volle huurgeld moet betaal, ongeag die feit dat hy gebrekkige genot en gebruik het, die *Appliance Hire*-saak. Die ander sake keur nie die beginsel goed nie; daar word om ander redes na *Arnold v Viljoen* verwys.[77] Regter Franklin verwys verder ook na die sake waarna hierbo verwys is, naamlik die *Tooth-, Bourbon-Leftley- en Marcuse*-sake asook na *AE Motors (Pty) Ltd v Levitt*.[78] Laasgenoemde saak handel egter ook oor 'n ander punt[79] en is nie gesag vir bogenoemde stelling nie. Regter Franklin verwys ook na die kritiek van Cooper en De Wet en Yeats ten opsigte van *Arnold v Viljoen* maar besluit:[80]

> "I am unable to come to the conclusion that it was wrongly decided."

In *Parekh v Shah Jehan Cinemas (Pty) Ltd*[81] besluit regter Didcott *obiter* dat die *Greenberg*-saak

> "followed in the wake of a number [of cases][82] which had forbidden tenants with grievances to withhold rent while continuing, in pursuance of their leases, to *use* the premises hired by them. One who did that both had his cake and ate it. His remedy was to quit the premises altogether . . ."[83]

Hierdie stelling is 'n goeie voorbeeld van die verwarring wat oor die onderhawige probleem bestaan en is vatbaar vir verskillende punte van kritiek. In die eerste plek was die probleem in die meeste van bogenoemde sake dat die huurders verbied is om die huurgeld terug te hou terwyl hulle die *besit* van die huursaak behou

73 1967 1 SA 317 (T) 320E.
74 1972 1 SA 478 (W) 480A.
75 1972 2 SA 863 (A) 870E.
76 hierbo.
77 *Arnold v Viljoen* word in die *First Industrial –, Sydmore Engineering Works–* en *Crest Enterprises –* sake aangehaal in verband met die effek wat beëindiging van 'n kontrak het op regte (soos agterstallige huur en skadevergoeding) wat voor die beëindiging van die kontrak ontstaan het.
78 1972 3 SA 658 (T) 660D-E.
79 nl die vraag wanneer 'n huurder wat die verhuurde perseel verlaat het en sekere goed agtergelaat het nog in besit van die perseel is vir doeleindes van 'n uitsettingsbevel.
80 282D.
81 hierbo.
82 Die regter haal die *Sapro-, Arnold-, Tooth-, Marcuse-* en *Basinghall-* sake in dié verband aan.
83 310G (ons kursiveer).

het dog *geen* of *feitlik geen* gebruik van die huursaak gehad het nie.[84] In bogenoemde stelling moet die woord "use" dus met "possession" vervang word. In die tweede plek is die regter se opvatting dat 'n huurder wat die gebruik van die saak het maar weier om die huurgeld te betaal in die posisie is van iemand "who both had his cake and ate it," slegs waar indien die huurder die *volle* gebruik van die saak het.[85] In al die sake onder bespreking (behalwe *Sapro v Schlinkman*) was die probleem juis dat die huurder nie die volle genot en gebruik van die saak gehad het nie. Indien so 'n huurder weier om die *volle* huurgeld te betaal terwyl hy in besit van die saak bly en die beperkte genot en gebruik van die saak benut, is hy nie in die posisie van iemand "who both had his cake and ate it" nie. Inteendeel, sy optrede is in ooreenstemming met die reël wat by wederkerige kontrakte gelyktydige wederkerige prestasie vereis.[86]

### 2 3 Gevolgtrekking

Uit die voorafgaande analise van die sake waarin beslis is dat 'n huurder wat in besit van die huursaak is die volle huurgeld moet betaal al sou hy gebrekkige genot en gebruik van die huursaak hê — of selfs geen genot en gebruik nie, blyk dit dat die standpunt ingeneem is met 'n beroep op *Sapro v Schlinkman* of *Arnold v Viljoen* of een van die sake wat hierdie sake as gesag aanhaal. Daarbenewens is daar in *Sapro v Schlinkman* geen gemeenregtelike gesag aangehaal nie en dié wat in *Sapro v Schlinkman* aangehaal is, handel oor 'n ander probleem. Hierteenoor is daar heelwat gesag in die gemenereg en Suid-Afrikaanse regspraak dat 'n huurder vermindering van huurgeld kan eis sonder om sy besit van die huursaak te beëindig. Die kwessie sal vervolgens onder oë geneem word.

## 3 DIE HUURDER SE REG OP VERMINDERING VAN HUURGELD SONDER OPSEGGING VAN BESIT

### 3 1 Gemenereg

In *D* 19 22 25 2 word gesê dat die huurder wat gebrekkige genot en gebruik van die huursaak het as gevolg van die feit dat sy lig afgesny is deur 'n bouwerk van 'n buurman of as gevolg van die verhuurder se versuim om die huursaak te onderhou, geregtig is om minder huur te betaal.[87] In hierdie teks word nie vereis dat die huurder die saak moet verlaat voordat hy geregtig is om minder huur te betaal nie, hoewel Scott se bekende vertaling die indruk skep.[88] Dit is ook duidelik dat

84 *Arnold v Viljoen* hierbo 325E; *Tooth v Maingard and Mayer* hierbo 130B; *Bourbon-Lefley v Turner* hierbo 107C; *Greenberg v Meds Veterinary Laboratories* hierbo 280A.

85 Dit is moontlik wat regter Didcott bedoel het maar dit blyk nêrens nie.

86 Sien verdere bespreking oor die punt hieronder.

87 "[C]erte, quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est." Ons vertaling: "Daar is geen twyfel dat die pagter of die huurder inderdaad geregtig is om die huursaak te verlaat nie. Ook wat betref die huurgeld, as dié geëis word, moet 'n herberekening van die huurgeld oorweeg word."

88 In die eerste sin van die Latynse teks word gesê dat die huurder die reg het om die huursaak te verlaat as sy lig afgesny word. In die tweede sin ("De mercedibus quoque . . .") word gesê dat die huurder

die huurder nie die volle huurgeld moet betaal en dan met 'n aksie om skadevergoeding die *pro rata*-deel wat hy te veel betaal het, moet terugeis nie. Volgens die teks kan die huurder reeds wanneer die huurgeld van hom geëis word, aanspraak maak op 'n *pro rata*-vermindering van die huurgeld.

*D* 19 2 33 maak 'n duidelike onderskeid tussen die huurder se reg op 'n vermindering van die huurgeld en sy reg om die verhuurder aan te spreek om skadevergoeding.[89] Die huurder kan volgens die teks vir die tydperk waarin hy as gevolg van faktore buite die verhuurder se beheer nie die genot en gebruik van die huursaak gehad het nie, op 'n vermindering van die huurgeld of teruggawe van vooruitbetaalde huurgeld aanspraak maak.[90] Hier word ook nie vereis dat die huurder besit van die huursaak moet prysgee voordat hy op 'n vermindering van die huurgeld aanspraak kan maak nie.

In die Romeins-Hollandse reg is daar nie vereis dat 'n huurder wat op vermindering van sy huurgeld aanspraak maak, eers besit van die huursaak moet beeindig of die volle huurgeld moet betaal en by wyse van 'n skadevergoedingsaksie 'n *pro rata*-deel moet terugeis nie.

De Groot[91] noem drie alternatiewe remedies vir die huurder wie se verhuurder versuim om die huursaak te onderhou. Ten eerste kan hy die saak self herstel en die onkostes by wyse van skuldvergelyking van die huurgeld aftrek. Tweedens kan hy die saak verlaat. Derdens is hy geregtig om dit wat hy te veel betaal het terug te eis, dit wil sê om minder huur te betaal. Ten opsigte van die laaste remedie word daar nie gesê dat die huurder eers die saak moet verlaat alvorens hy dit wat hy te veel betaal het, kan terugkry nie.[92] In die laaste sin van bogenoemde teks waar De Groot aan die huurder wat as gevolg van *vis major* verminderde genot en gebruik van die huursaak het, 'n vermindering van die huurgeld toestaan,

in so 'n geval geregtig is op 'n vermindering van die huur. Die huurder se reg op vermindering word dus nie afhanklik gestel van die feit dat hy eers die saak moet verlaat nie, alhoewel hy die reg daartoe het in genoemde geval. Scott se vertaling behandel die tweede sin in *D* 19 2 25 2 nie as 'n nuwe sin soos wat dit in die Latyn staan nie, maar as 'n deel van die voorafgaande sin wat in sy vertaling net met 'n kommapunt geskei is.

Dit is in elk geval duidelik dat die huurder slegs geregtig is om die huursaak te verlaat indien daar 'n ernstige inbreuk op sy genot en gebruik is: *D* 19 2 25 2; Voet 19 2 23; Van Leeuwen *CF* 4 22 17; Pothier *Louage* a 325; Bodenstein *Huur van Huizen en Landen volgens het hedendaagsch Romeinsch-Hollandsch Recht* (1907) 161.

89 "[U]t meredem quam praestiterim restituas, ejus scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: . . . Sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem, aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere, aut reddere debebis."

90 Vgl ook *D* 19 2 15 2, 4; *D* 19 2 25 6; *D* 19 2 30 1.

91 3 19 12: "[E]nde [indien hy] [die verhuurder] in gebreecke blijft, [om die saak te onderhou] mag den huirder't onderhoud verschieten op reeckening van sijn huir, *ofte oock 't* gebruick van't verhuirde verlaten, ende nae aendeel des tijds van het ongebruick minder huirs betalen, *ofte oock 't* overbetaalde wedereisschen" (ons kursiveer).

92 Die drie remedies word duidelik deur middel van "ofte oock" as alternatiewe onderskei. Ten opsigte van die tweede remedie volg dit vanselfsprekend dat die huurder, nadat hy die saak verlaat het, nie meer huurgeld hoef te betaal nie. Dit stel De Groot duidelik. Hy vereis egter nie dat die huurder die saak moet verlaat voordat hy kwytskelding van huurgeld kan eis nie; kwytskelding van die huur volg omdat die huurder die saak verlaat het.

word ook nie vereis dat hy die saak moet verlaat nie. De Groot vereis nie dat die huurder wat aanspraak maak op betaling van 'n verminderde huurgeld eers die volle huur moet betaal en daarna met 'n aksie om skadevergoeding die bedrag wat hy te veel betaal het, moet terugeis nie.

Voet[93] beweer dat die huurder geregtig is om die saak te verlaat as gevolg van *vis major* of *casus fortuitus*, of indien die verhuurder nie noodsaaklike herstelwerk aanbring nie. In so 'n geval betaal hy nie meer huur as die mate waarin hy die gebruik van die saak gehad het nie. Hy stel dit egter nie as voorvereiste dat die huurder die saak moet verlaat voordat hy aanspraak kan maak op 'n vermindering van die huurgeld nie.[94] Dit geld ook vir 'n ander teks van Voet[95] waar aan die huurder van landbougrond 'n remissie van huurgeld toegestaan word weens onvrugbaarheid van die grond.[96] Uit Voet se behandeling van 'n uitgesette huurder se eis om 'n verminderde huurgeld in 19 2 16 en sy eis om skadevergoeding in 19 2 17 saamgelees met die eerste sin[97] van 19 2 24 en 19 2 26 blyk dit dat Voet nie van mening is dat 'n huurder se aanspraak op 'n verminderde huurgeld met 'n teeneis om skadevergoeding geëis moet word nadat hy die volle huurgeld betaal het nie. Die huurder is verbind tot die betaling van slegs die *pro rata*-deel van die huur wat in verhouding staan tot die genot en gebruik wat hy gehad het.

Van Leeuwen[98] sê dat die huurder in die geval van onverwagse skade òf die huursaak kan verlaat òf geregtig is op remissie van die huurgeld. Hy vereis nie dat die huurder die huursaak moet verlaat om remissie te kan eis nie.

Van der Linden[99] stel die huurder se reg op 'n verminderde huurgeld soos volg:

> "Van deeze huur kan door den huurder eene geheele of gedeeltelijke kwijtschelding gevorderd worden, indien hij geheel of gedeeltelijk, geen gebruik heeft kunnen hebben; ten waare het belet door zijne eigene daad veroorzaakt was."

Ook Van der Linden maak geen melding van die feit dat die huurder die saak moet ontruim voordat hy verminderde huurgeld kan eis nie. Uit sy gebruik van die woord "kwijtschelding" lyk dit ook nie of hy van mening is dat die huurder verplig is om die volle huurgeld te betaal en dan by wyse van 'n aksie om skadevergoeding 'n *pro rata*-deel van die huur terug te eis nie.

In sy bespreking van *D* 19 2 2[100] sê Lauterbach dat indien 'n huurder wat

93 19 2 23.

94 In 19 2 26 word ook aan die huurder 'n vermindering van huurgeld toegestaan waar die huursaak kleiner is as die ooreengekome saak. Die afleiding kan gemaak word dat die huurder steeds in besit van die saak is.

95 19 2 24.

96 Hr De Villiers is in *Salisbury Building and Investment Society v British South Africa Co* hierbo 242 ook nie van mening dat Voet in die teks ontruiming van die saak vereis voordat remissie geëis kan word nie.

97 van die Latynse teks. Dit is die eerste twee sinne van elke teks soos deur Gane (*The Selective Voet*) vertaal.

98 Vgl 4 22 17.

99 *Koopmans Handboek* 1 15 12 (met goedkeuring aangehaal in *Strauss v Van Zyl* 1958 3 SA 563(O) 565E).

100 *Colleqium Theoretico-practicum ad Pandectas* 19 2 LVI.

geregtig is om die huursaak te verlaat maar verkies om aan te bly in sy gebruik en genot gesteur word, hy aanspraak kan maak op 'n verminderde huurgeld. Volgens hom is dit 'n toepassing van die algemene reël waarvolgens 'n huurder wat nie die saak volgens sy aangewese doel kan gebruik nie, geregtig is op 'n *pro rata*-vermindering van die huurgeld. Geen melding word daarvan gemaak dat die huurder eers die huursaak moet verlaat voordat hy 'n vermindering van die huurgeld kan eis nie.

Brunnemann[101] sê dat indien die huurder ten spyte van die uitbreek van pes in die huursaak aanbly maar dit nie vir die ooreengekome doel kan gebruik nie, hy geregtig is op 'n *pro rata*-remissie.

Pothier gee 'n baie deeglike uiteensetting van 'n huurder se reg om vermindering van huurgeld te eis.[102] Hy stel dit duideliker as enige ander skrywer wat hierbo aangehaal is, dat die huurder die huurgeld betaal as teenprestasie vir die genot en gebruik van die huursaak,[103] en dat indien die huurder nie die volle genot en gebruik het nie,[104] hy slegs aanspreeklik is vir die huurgeld wat verband hou met sodanige genot en gebruik.[105] Pothier vereis nie dat die huurder besit van die huursaak moet prysgee voordat hy vermindering van huurgeld kan eis nie en hy verwag ook nie dat die huurder die volle huurgeld moet betaal en dan 'n *pro rata*-deel by wyse van 'n aksie om skadevergoeding moet terugeis nie.

Van Wesel[106] erken wel huurders van huise en lande se reg om in geval van gebrekkige genot en gebruik by *vis major* en *casus fortuitus* remissie van huurgeld te eis. Hy vereis egter met 'n beroep op artikel 3 van die ordonnansie van 23 Junie 1674[107] dat 'n huurder wat sy huis weens vrees vir die vyand verlaat, die huis ten volle moet ontruim en ook die sleutel moet teruggee voordat hy geregtig is op remissie. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die ordonnansie uitgevaardig is slegs vir die provinsie Utrecht met die doel om gedingvoering tydens die Franse besetting van die provinsie te verminder en dat dit dus nie in die provinsie Holland gegeld het nie. Verder word daar in artikel 3 geen melding gemaak van die vereiste dat huurders moet ontruim en die sleutels moet terugbesorg nie. Artikel 3 bepaal dat huurders wat hul huise verlaat weens vrees vir die vyand slegs die helfte van die huurgeld moet betaal. Van Wesel se vereiste dat die huurder die huursaak moet verlaat en die sleutels moet teruggee, is dus nie 'n akkurate weergawe van artikel 3 van die ordonnansie nie en in elk geval nie 'n akkurate weergawe van die reg van die provinsie Holland nie.

## 3 2 Suid-Afrikaanse regspraak

In die Suid-Afrikaanse regspraak het die probleem ook dikwels ter sprake gekom.

101 *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum ad* 19 2 27.
102 *Louage* a 139-164.
103 a 139-143.
104 vir sover dit nie sy skuld is nie.
105 a 139 143.
106 *Tractatus de Remissione Mercedis* (1701) cap 1 par 7-16.
107 *Groot Utrechts Placaatboek*.

In die eerste saak wat in dié verband opgespoor kon word, te wete *Rubidge v Hadley*,[108] formuleer regter Menzies die beginsel baie suiwer:[109]

> "It is clear by the law of this Colony that a tenant is entitled to demand the entire remission of his rent *or an abatement of part*, according as he has had no use of it during the whole or part of the time of lease, unless this had been occasioned by his own fault. All the authorities agree on the point . . ."

Ongelukkig haal die regter nie die "authorities" aan waarna hy verwys nie, maar sy woorde stem met dié van Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 15 12 ooreen. Op grond van bogenoemde reël besluit die regter dat die huurder wat van sy plaas gevlug het uit vrees vir die aanvalle van "the Queen's enemies" geregtig is op 'n vermindering van die bedrag huurgeld wat hy verskuldig is.[110] Hoewel die huurder nie die ploeg- en weigrond kon benut nie, het hy wel die hout op die grond benut wat vir hom 'n wins van £70 per jaar gegee het in plaas van die normale £300 tot £400 per jaar. In die lig hiervan bevind die regter dat die huurder se aanbod om £20 van die ooreengekome huurgeld van £60 te betaal, 'n voldoende vergoeding is.[111]

Die beginsel dat 'n huurder slegs aanspreeklik is vir huurgeld vir sover hy genot en gebruik van die huursaak gehad het, is bevestig in 'n hele aantal sake.[112]

108 hierbo.

109 178 (ons kursiveer).

110 tap.

111 tap.

112 *Bensley v Clear* 1878 Buch 89 90 (*obiter*); *De Beers Consolidated Mines Ltd v United Mines Bultfontein Ltd* 1900 HCG 59 63 (*vis major*, verlies van besit); *Stockham & De Jong v Kaplansky & Co* hierbo 159 (*obiter,vis major*, geen beëindiging van besit); *Neebe v Registrar of Mining Rights* 1902 TS 65 86 (*obiter*); *North Western Hotel Ltd v Rolfes Nebel & Co* hierbo 331 (*vis major*, geen beëindiging van besit, heelwat gemeenregtelike gesag word aangehaal); *Davy v Walker and Sons* 1902 TH 114 127 (*vis major*, geen beëindiging van besit); *Kopelowitz v Hansen Schrader & Co* 1903 TH 134 143 (*vis major*, geen beëindiging van besit, heelwat gemeenregtelike gesag word aangehaal); *Goldberg v Nante* 1903 TH 150 155 (*vis major*, geen beëindiging van besit); *Zweigenhaft v Rolfes Nebel & Co* hierbo 246 (*vis major*, geen beëindiging van besit); *Johannesburg Consolidated Investment Co v Mendelssohn & Bruce Ltd* 1903 TH 286 292 (*obiter*); *Godfrey and Aronstein v Bernberg & Co* 1903 TH 372 378 (*obiter*, *vis major*, geen beëindiging van besit); *Sheffield and Sheffield v Hart* hierbo 479 (*vis major*, geen beëindiging van besit); *Hansen Schrader & Co v Kopelowitz* 1903 TS 707 718-719 (*vis major*, geen beëindiging van besit); *Morris v Mapping & Webb Ltd* hierbo 248 (*vis major*, geen beëindiging van besit); *Fleming v Johnson and Richardson* 1903 TS 319 324 (*vis major*, geen beëindiging van besit); *Petersen v Tobiansky and Tobiansky* 1904 TH 73 77 (*vis major*, geen beëindiging van besit); *Partridge v Adams* hierbo 475 (*obiter*); *Salisbury Building and Investment Society v British South Africa Co* hierbo 242 (*vis major*, beëindiging van besit, vernietiging van huursaak); *Holtshausen v Minnaar* 1905 HCG 50 54 (*vis major*, beëindiging van besit); *Koenigsberg Hopkins & Co Ltd v Robinson Gold Mining Co Ltd* hierbo 98 (*vis major*, geen beëindiging van besit); *Moosa v Schiele* 1905 TH 616 618 (*vis major*, geen beëindiging van besit); *Mountstephens & Collins v Ohlssohn's Cape Breweries* 1907 TH 56 58-59 (*obiter*); *Hughes v Levy* 1907 TS 276 279 (*vis major*, beëindiging van besit); *Boyd v Stuttaford & Co* 1910 hierbo 117 (*obiter, vis major*); *Seligson v Ally* hierbo 263 (versuim om ongestoorde genot en gebruik te gee, geen beëindiging van besit); *Shapiro v Yutar* 1930 CPD 92 97-98 (versuim om te onderhou, geen beëindiging van besit); *Hunter v Cumnor Investments* hierbo 740C (*obiter*, versuim om te onderhou, geen beëindiging van besit); *Strauss v Van Zyl* 1958 3 SA 563 (O) 565E (*obiter*, *vis major*, geen beëindiging van besit); *Capital Waste Paper Co (Pty) Ltd v Magnus Metals (Pty) Ltd*

In die meeste van die sake is die huurder se genot en gebruik van die huursaak as gevolg van *vis major* versteur en in enkele sake was die gebrekkige genot en gebruik te wyte aan die verhuurder se versuim om die huursaak te onderhou.[113] In nie een van die *vis major*-sake is die reël egter so geformuleer asof die huurder se reg op vermindering van huurgeld slegs by *vis major* ter sprake is nie.[114] Die huurder se reg om op vermindering van huurgeld aanspraak te maak, is telkens oor die boeg van sy verminderde genot en gebruik gegooi. Hoewel die huurder in enkele van die sake sy besit van die huursaak beëindig het,[115] is daar nie in een van die beslissings enige aanduiding dat dit as vereiste gestel is nie. In die meeste van die sake het die huurder egter nie sy besit van die huursaak beëindig nie, en is 'n vermindering van huurgeld nietemin toegestaan.

## 4 GEVOLGTREKKING

Daar word aan die hand gedoen dat, ten spyte van enkele afwykende standpunte, nòg die gemenereg, nòg die Suid-Afrikaanse reg vereis dat die huurder besit moet prysgee voordat hy vermindering van huurgeld kan eis of dat hy die volle bedrag huur moet betaal en dan by wyse van 'n aksie om skadevergoeding 'n *pro rata*-deel daarvan kan terugeis.

Daar word verder aan die hand gedoen dat dit in ooreenstemming met die algemene beginsels van die kontraktereg is. By wederkerige kontrakte kan 'n party slegs prestasie eis indien hy reeds gepresteer het of prestasie aanbied, anders sou die verweerder hom op die sogenaamde *exceptio non adimpleti contractus* kon berroep.[116] Aangesien 'n huurkontrak 'n wederkerige kontrak is,[117] geld die reël ook in geval van huurkontrakte.[118] [119]

hierbo 288-289 (*obiter*, gebrekkige onderhoud, geen beeindiging van besit); *Enter Centre Enterprise (Pty) Ltd v Brogneri* hierbo 123B (*obiter*, beslissing onoortuigend in die lig van aanname op 123E); *Heerman's Supermarket (Pty) Ltd v Mona Road Investments (Pty) Ltd* 1975 hierbo 393C (*obiter*, gebrekkige onderhoud, geen beëindiging van besit); *Mount Hargo Investments (Pty) Ltd v Peersons Extension* hierbo 346A (*obiter*); *Steynberg v Kruger* hierbo 478C (gebrekkige aanvanklike beskikbaarstelling, geen beëindiging van besit).

113 Sien vn 112 hierbo.

114 Sien sake oor *vis major* hierbo in vn 112 aangehaal.

115 Sien die kommentaar na elke saak in vn 112 hierbo.

116 *Hauman v Nortjie* 1914 AD 293 296 300; *BK Tooling v Scope Precision Engineering* 1979 1 SA 391 (A) 415H 418C.

117 *D* 19 2 1, 2; De Groot 3 19 1; Voet 19 2 1, 14; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 15 11; Pothier *Louage* 2; *Estate Ishmail v Sayed* 1965 1 SA 393 (K) 397A; De Wet en Yeats 313.

118 R Hopley laat hom in *De Beers Consolidated Mines Ltd v United Mines Bultfontein Ltd* hierbo 63 soos volg uit: "[I]t seems to me that by the law of this country the enjoyment of the thing for which rent has to be paid is a condition precedent to the lessor's right to demand payment of the rent . . ." Hr Innes stel dit in *Neebe v Registrar of Mining Rights* hierbo 86 soos volg: "Rent is a *quid pro quo* paid by the lessee for the use of the article let." In *Boyd v Stuttaford* hierbo 116 verklaar hy (*obiter*): "Being in default so far as the performance of his (die verhuurder se) own undertaking is concerned, he cannot enforce against the lessee the reciprocal obligation which the latter undertook." Sien ook die *obiter*-opmerking van rp Greenberg in *Levinson v Batten Co Ltd* hierbo 47.

119 In enkele sake is bevind dat die "huurder" se verpligting tot betaling van die "huurgeld" as gevolg van 'n uitdruklike klousule in die "huurkontrak" nie afhanklik is van enige prestasie aan die "verhuur-

Die verhuurder sal in die lig van die vereiste van wederkerige prestasie nie die volle huurgeld kan eis indien hy nie volledig presteer het nie. Waar die verhuurder slegs 'n gedeelte van die ooreengekome genot en gebruik aan die huurder verskaf het, het hy volgens die gemenereg en Suid-Afrikaanse regspraak die reg om 'n *pro rata*-deel van die huurgeld te ontvang. Die huurder kan nie in so 'n geval met 'n beroep op byvoorbeeld die *exceptio non adimpleti contractus* weier om 'n *pro rata*-deel van die huurgeld te betaal nie.[120] Dit spreek vanself dat die huurder wat geen genot en gebruik van die huursaak het nie in die lig van die vereiste van wederkerige prestasie geen huurgeld hoef te betaal nie.

Volgens die reëlende reg moet die verhuurder vooruit presteer[121] maar daar word dikwels ooreengekom dat die huurder vooruit moet presteer. In laasgenoemde geval sal die huurder wat slegs 'n deel van die ooreengekome genot en gebruik ontvang, 'n *pro rata*-deel van die vooruitbetaalde huurgeld kan terugeis.[122]

der" se kant nie. Die "huurder" is tot betaling van die volle "huurgeld" veroordeel ten spyte van die feit dat hy geen of gebrekkige genot en gebruik van die saak gehad het. In *De Beers Consolidated Mines Ltd v United Mines* hierbo 63 het die partye ooreengekom dat die "huurder" die "huurgeld" sou betaal "without any deduction or abatement whatsoever." R McEwan bevind in *Basinghall Investments (Pty) Ltd v Figure Beauty Clinics (SA) (Pty) Ltd* hierbo 119H-120A dat "the *prima facie* effect of these clauses is to make the defendant's liability independent of the performance by the plaintiff of any of the normal obligations to the landlord to give beneficial occupation of the premises to the tenant or to keep the premises in repair." En r Leon in *Woolfson's Credit (Pty) Ltd v Holdt* 1977 3 SA 720 (N) 723H-724A verklaar: "There is nothing in the leases in question which suggests that the liability of the defendant to pay rent was dependent upon the performance of any obligation to be performed by the lessor." Indien aanvaar word dat die kontrakte in bogenoemde drie sake nie wederkerige kontrakte was nie, dan is daar nie fout te vind met die bevindings dat die reël wat wederkerige gelyktydige prestasie vereis nie van toepassing is nie. Dit het egter ook die gevolg dat daar by implikasie bevind is dat die kontrakte nie huurkontrakte is nie, aangesien 'n huurkontrak 'n wederkerige kontrak is (sien vn 118 hierbo). Indien op dié gronde aanvaar word dat die betrokke kontrakte in die sake nie huurkontrakte is nie, dan doen die bevindings in die sake (naamlik dat die "huurder" nie geregtig is op 'n vermindering van "huurgeld" nie) geen afbreuk aan die reël dat 'n *huurder* wat gebrekkige genot en gebruik het wat nie aan sy skuld te wyte is nie, geregtig is om 'n verminderde huurgeld te betaal.

120 Die gemeenregtelike gesag en regspraak wat hierbo aangehaal is, maak nie melding van enige sodanige reg wat die huurder mag hê nie. Daar kan uit die feit dat die verhuurder toegelaat is om 'n *pro rata*-deel van die huurgeld te eis, afgelei word dat die huurder hom nie in so 'n geval op bv die *exceptio non adimpleti contractus* kon beroep nie.

121 anders gestel: tensy anders ooreengekom, is die huurgeld aan die einde van die huurtermyn betaalbaar: De Groot 3 19 11; Pothier *Louage* 134; *Buys v South Rand Exploration Co Ltd* 1910 AD 1058 1061; *Le Grange v Kleynhans* 1963 2 PH A33.

122 *D* 19 2 30 1; *D* 19 2 33; De Groot *Inl* 3 19 12; Voet 12 7 1; *Holtshausen v Minnaar* hierbo 54; *Hughes v Levy* hierbo 280.

# Gevolgsveroorsaking en gevolgsaanspreeklikheidsbegrensing in die Duitse strafreg*

FFW van Oosten
*BA LLD*
*Mede-professor in die Strafreg aan die Universiteit van Pretoria*

**SUMMARY**

**Causation and Limitation of Liability in German Criminal Law**

This article, entitled "The causing of consequences and the limitation of liability for consequences in German criminal law," examines, from a fundamental point of view, the various theories of causation and of causal imputation which have been advanced and developed by the German writers on criminal law. First, the causal tests of *conditio sine qua non*, individualisation and "Adäquanz," and thereafter the tests of causal imputation of unlawfulness or fault, relevance and "objektive Zurechnung" are discussed with reference to their definitions, nature, merits and the critisism they have evoked. Finally, the practical results of these divergent theories are demonstrated on the basis of a number of problematic cases designed by German jurists to put the efficacy of these theories to the test. The conclusion arrived at is that the theory of *conditio sine qua non* (occasionally supplemented by the "Adäquanz" theory) is favoured by the large majority of German jurists (and, incidentally, by the German courts) to determine the issue of *causation* and that the issue of *liability* is at present determined by unlawfulness or fault, relevance (or "Adäquanz") and increasingly by the theory of "objektive Zurechnung," which is still undergoing a process of evolution. Despite diversity of these tests, however, it appears that there is, to a large extent, consensus amongst German writers as to the criminal liability of an accused for a consequence in the aforementioned problematic cases. The difference of opinion amongst them relates mainly to a minority of cases in which an atypical causal course of events is present. It concerns in particular those cases in which the relevant consequence would not have been brought about without the collaboration of the victim himself, or third parties, or the force of nature.

* Benewens enkele wysigings, is die onderstaande 'n weergawe van my ongepubliseerde proefskrif *Oorsaaklikheid by Moord en Strafbare Manslag* (Universiteit van Pretoria 1981) 11 e v. Vanweë die voor-die-hand-liggende ooreenkoms van die oorsaaklikheidsproblematiek by die misdade teen die lewe tussen die Duitse en Suid-Afrikaanse strafregstelsels en die feit dat die oorsaaklikheidsvraag in die Suid-Afrikaanse strafreg bykans uitsluitlik by moord en strafbare manslag die aandag van ons regspraak en skrywers geniet het, word hierdie ondersoek afgebaken tot en gerig op sodanige misdade. Ook word hier slegs op die beginselstandpunte van die Duitse skrywers oor gevolgsveroorsaking en gevolgsaanspreeklikheidsbeperking ingegaan. Afgesien van die ruimteprobleme wat sou ontstaan as die omvangryke Duitse regspraak by hierdie ondersoek betrek sou word, is dit eerstens so dat die Duitse regspraak grotendeels op die standpunte van die Duitse skrywers steun en tweedens volg die Duitse regspraak self 'n beginselbenadering tot die oorsaaklikheidsproblematiek. Vir 'n uiteensetting van die behandeling van die oorsaaklikheidsvraag in die Duitse regspraak, sien *Oorsaaklikheid by Moord en Strafbare Manslag* 62 e v.

## 1 INLEIDING

In geen regstelsel, vir sover bekend, was en is die probleme rondom gevolgsveroorsaking en gevolgsaanspreeklikheid al so prominent die onderwerp van indringende ondersoek as juis in die Duitse reg nie. Nie alleen het die regswetenskaplike bestudering van die oorsaaklikheidsprobleem hoofsaaklik sy oorsprong in die geskrifte van die Duitse juriste van ongeveer die middel van die vorige eeu gehad nie, maar daar was sedertdien ook 'n volgehoue bemoeiing daarmee. In dié sin kom die eer vir die werklike ontwikkeling van die oorsaaklikheidsleerstuk die Duitse juriste toe. Voeg daarby dat die Duitsregtelike benadering tot die oorsaaklikheidsvraag in die algemeen by uitstek wetenskaplik, sistematies en prinsipieel van aard is, en dit is meteen duidelik dat die Duitse reg oor dié onderwerp 'n waardevolle en interessante bydrae tot die Suid-Afrikaanse strafreg op hierdie gebied kan lewer.

Ofskoon daar tussen die Duitse skrywers in die algemeen geensins eenstemmigheid bestaan oor die teoretiese begronding van strafregtelike aanspreeklikheid vir *gevolgsmisdade* (soos byvoorbeeld moord, doodslag en nalatige doding)[1] en *gevolgsgekwalifiseerde misdade* (soos byvoorbeeld aanranding met doodsgevolg, roof met doodsgevolg en nalatige oorstroming met doodsgevolg)[2] nie, heers daar 'n groot mate van eensgesindheid oor die teoretiese begronding van die oorsaaklikheidsvraag wat by hierdie misdade ter sprake kom. Die vraag of die beskuldigde by die misdade teen die lewe die dood van die slagoffer veroorsaak het, word gewoonlik skerp onderskei van die vraag of die beskuldigde strafregtelike aanspreeklikheid daarvoor behoort op te doen. Sodoende word *gevolgsveroorsaking* en *gevolgstoerekening* as vereistes vir 'n gevolgsmisdaad of gevolgsgekwalifiseerde misdaad meesal streng uitmekaargehou. Maurach en Zipf[3] laat hulle soos volg daaroor uit:

> "Weder folgt aus der Bejahung des ursächlichen Zusammenhanges ohne weiteres das Vorliegen einer Straftat, noch aus seiner Verneinung stets das Entfallen eines Verbrechens."

Allerweë word aanvaar dat indien 'n misdaadomskrywing naas 'n handeling die intrede van 'n bepaalde uiterlike gevolg ("*Veränderung der Aussenwelt*") vereis, sodanige handeling en gevolg op so 'n wyse met mekaar *verbind* moet word dat die beskuldigde strafregtelike aanspreeklikheid vir die gevolg as die *resultaat* van sy handeling kan opdoen. Die vasstelling van die aard van sodanige verband tussen handeling en gevolg is dan die taak van die *leerstuk van veroorsaking*. In dié sin is oorsaaklikheid 'n ongeskrewe[4] vereiste by alle misdade wat 'n bepaalde gevolg strafbaar stel en maak dit as "*Merkmal des objektiven Tatbestands*" deel van die algemene beginsels van die strafreg uit. So verklaar Jescheck:

> "Das Problem der *Kausalität* betrifft also im Strafrecht die Frage, wie der *Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg* beschaffen sein muss, damit dieser dem

1 Sien par 211, 212 en 222 onderskeidelik van die Duitse *StGB*.
2 Sien par 226, 251 en 314 onderskeidelik van die Duitse *StGB*.
3 *Strafrecht* I (1977) 252.
4 omdat dit nie by wyse van wetgewing gereël is nie.

> Täter als seine Tat *zugerechnet* werden kann. Der Täter muss den Erfolg durch seine Handlung *mit verursacht* haben, weil in einem auf Güterschutz ausgerichteten Strafrecht die objektive Zurechnung von Erfolgen, die ohne Zutun des Täters eingetreten sind, in der Regel nicht gerechtfertigt erscheint."[5]

Aangesien alleen menslike optrede strafbaar is, gaan dit by aanspreeklikheid vir gevolgsmisdade uiteraard om die aan- of afwesigheid van 'n oorsaaklike verband tussen 'n menslike handeling, ongeag die omskrywing[6] daarvan, en 'n strafbare gevolg. Sonder 'n *handeling as oorsaak* kan daar dus geen sprake van strafregtelike aanspreeklikheid vir 'n gevolg wees nie. Die omgekeerde geld egter nie. Tree die strafbare gevolg nie as die resultaat van die betrokke handeling in nie, kan die beskuldigde nie aan die voltooide misdaad skuldig bevind word nie, maar hoogstens aan poging daartoe.

Dit is dus meteen duidelik dat die *oorsaaklikheidsbegrip*, al is dit dan by 'n relatief geringe aantal misdade en al lewer dit in die oorgrote meerderheid gevalle weinig probleme op, van kardinale belang vir die strafreg is. Desnieteenstaande is daar aansienlike verskil van mening oor die vraag of oorsaaklikheid 'n regsbegrip daarstel, dan wel 'n filosofiese of natuurwetenskaplike of logiese begrip. Die meerderheidsopvatting word saamgevat in die uitlating van Jescheck:

> "[I]m Strafrecht kann der *philosophische Kausalitätsbegriff* nicht unverändert verwendet werden, denn Ursache einer Wirkung ist danach die *Gesamtheit der Bedingungen,* bei deren Vorliegen die Folge jeweils eintritt, und demgemäss sind alle Bedingungen, die zusammen die Ursache einer Wirkung bilden, gleich notwendig und gleichwertig, so dass sich eine isolierte Betrachtung einzelner Bedingungen verbietet. Für die Zwecke des Strafrechts kommt es indessen gerade darauf an, eine ganz bestimmte Bedingung, nämlich die menschliche Handlung, herauszugreifen und zu prüfen, ob zwischen dieser und dem Erfolg ein Zusammenhang besteht, der es rechtfertigt, dieses Ereignis dem Täter als Resultat seiner Handlung zuzurechnen. Die gesonderte Betrachtung der Handlung ist im Strafrecht aber nicht nur aus dogmatischen Gründen notwendig, sondern auch innerlich *berechtigt*, weil der Mensch in weitem Umfang zur Steuerung des Kausalverlaufs befähigt ist und deswegen in seinem Verhalten als 'Ursache besonderer Art' behandelt werden darf. Zur Bejahung der Ursächlichkeit einer Handlung ist somit mindestens erforderlich, dass sie *mit* zu den Bedingungen des Erfolges gehört: die Handlung muss den Erfolg *mit* bewirkt haben."[7]

Daarteenoor som die stelling van Welzel

> "der Kausalbegriff ist kein juristischer Begriff, sondern eine Seinskategorie. Auch ist er keine bloss logische, noch weniger eine bloss 'gedankliche' Verknöpfung mehrerer Ereignisse, sondern der zwar nicht wahrnehmbare, aber im Denken erfassbare gesetzliche Zusammenhang in der Aufeinanderfolge des realen Geschehens und ist darum als solcher ebenso real wie das Geschehen selbst. Auch das Recht muss von diesem 'ontologischen' Kausalbegriff ausgehen; es gibt keine besondere juristische Kausalität (wohl aber sind nicht alle Kausalverläufe auch rechtlich relevant!)"[8]

5 *Lehrbuch des Strafrechts* (1978) 222 (my kursivering).

6 in terme van die kousale, finale en sosiale handelingsleerstukke, sodat dit nie nodig is om hier verder daarop in te gaan nie.

7 222–223.

8 *Das Deutsche Strafrecht* (1969) 43.

die minderheidsopvatting op.[9]

Staan dit eenmaal vas dat oorsaaklikheid wel 'n misdaadvereiste uitmaak, ontstaan die vraag hoe nou juis bepaal word of daar 'n oorsaaklike verband tussen die betrokke handeling en die strafbare gevolg bestaan. Die antwoord hierop word gevind in die verskillende *oorsaaklikheidsteorieë*, wat elkeen, al is dit dan op 'n ander wyse, die grense en graad van die verband tussen sodanige handeling en gevolg omskryf.[10]

9 Om die voetnote enigsins beheerbaar in hoeveelheid en omvang te hou, word hulle vir sover doenlik aan die einde van die onderskeie subtitels of paragrawe geplaas.

10 Schönke Schröder en Lenckner *Strafgesetzbuch* (1978) 148; Preisendanz *Strafgesetzbuch* (1978) 13; Lackner *Strafgesetzbuch* (1978) 42; Rudolphi *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* I (1977) 15; Heiman–Trosien *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* I (1974) 45–46, wat verklaar: "Die kausale Verknüpfung selbst ist aber keine Wirklichkeit, sondern ein Erkenntnisprozess, der an sinnfälligen Gegebenheiten gedanklich vollzogen wird" (45); Jescheck 22–223; Maurach en Zipf 251–257, wat verklaar: "Die Frage, wann eine bestimmte Willensbetätigung die Ursache eines tatbestandsmässigen Erfolges darstellt, ist ein Anliegen der allgemeinen Verbrechenskonstruktion" (252); Baumann *Strafrecht* (1977) 223–224, wat verklaar: "Die bei den Erfolgsdelikten erforderliche Kausalität zwischen Handlung und tatbestandsmässigem Erfolg hat ... mit der Handlung nichts zu tun, sondern allein mit der Tatbestandsmässigkeit" (223); *Grundbegriffe und System des Strafrechts* (1972) 54–55; Blei *Strafrecht* I (1977) 76; Eser *Strafrecht* I (1976) 57–58; Geilen *Strafrecht* (1976) 49–50; Wessels *Strafrecht* (1976) 34; Schmidhäuser *Strafrecht* (1975) 223, wat verklaar: "Kausalität ist also der Zusammenhang zwischen einer ersten Veränderung und einer zweiten, die durch die erste bewirkt wird; unerheblich ist, ob die zweite Veränderung unmittelbar oder mittelbar durch eine Kette von Veränderungen herbeigeführt wird"; Krause en Thomas *Das Neue Strafrecht* (1974) 48; Welzel *Strafrecht* 43; *Kausalität und Handlung* 1931 *ZStrW* 703–720; Mayer H *Strafrecht* (1967) 72–73; Sauer *Allgemeine Strafrechtslehre* (1955) 42–49 78–79; Mezger *Strafrecht* (1949) 109–112; Von Liszt en Schmidt *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* I (1932) 157–158 161 162–163 166–167; Von Hippel *Lehrbuch des Strafrechts* (1932) 92–94; *Deutsches Strafrecht* II (1930) 130–132 137–138; Merkel *Die Lehre von Verbrechen und Strafe* (1912) 85–88 118; Makarewicz *Einführung in die Philosophie des Strafrechts* (1967) 411–417; Engisch *Die Kausalität als Merkmal der Strafrechtlichen Tatbestände* (1931) 1–7 18–20 32–34; Traeger *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (1929) 1–9 13–37; *Wille, Determinismus, Strafe* (1895) 70–77 84–98; Binding *Die Normen und ihre Übertretung* (1914–18) I 11–15 II 472–477; Mayer ME *Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht* (1899) 1–19 38–47; Von Bar *Die Lehre vom Kausalzusammenhange* (1871) 1–4; Köstlin *Neue Revision der Grundbegrifte des Criminalrechts* (1845) 92–96; Honig "Kausalität und objektive Zurechnung" *Festgabe für Reinhard von Frank* I (1930) 174 182–183 189–190; Arthur Kaufmann "Die Bedeutung hypotetischer Erfolgsursachen im Strafrecht" *Festschrift für Eberhard Schmidt* (1961) 200 209–210; Hall "Über Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung" *Erinnerungsgabe für Max Grünhut* (1964) 213–215; Luther "Über Kausalzusammenhang" 1889 *ZStrW* 175 199–213; Givanovitch "Ursachenbegriff im Strafrecht" 1910 *ZStrW* 572–574; Beling "Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre" 1932 *GS* 1–13, wat verklaar dat oorsaaklikheid, "wo sie in Betracht kommt, keine selbständige Figur, sondern nur den Abklatsch der von dem Besonderen Teil her abgeleiteten Ergebnisse darstellt" (13); Spendel "Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte" 1973 *JZ* 137 138; Schlüchter "Grundfälle zur Lehre von der Kausalität" 1976 *JuS* 312 313–314; Ebert "Kausalität und objektive Zurechnung" 1979 *Jura* 561–562; Puppe "Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht" 1980 *ZStrW* 863 864–866.

## 2 DIE TEORIEË VAN GEVOLGSVEROORSAKING

Teorieë[11] wat hier onderskei kan word, is dié van *conditio sine qua non, indiwidualisering* en *adekwasie*.

### 2 1 Conditio sine qua non

Sedert hierdie teorie (ook bekend as die *voorwaardeteorie* of *ekwivalensieteorie*) deur die Oostenrykse juris Glaser[12] gegrondves en daarna in Duitsland deur Von Buri[13] uitgebou is tot op hede, geniet dit nog die steun van die meeste Duitse skrywers.[14] Volgens die aanhangers van hierdie teorie moet die rede vir die gewildheid daarvan in die logiese helderheid en maklike hanteerbaarheid daarvan gesoek word. Omdat die toets van *conditio sine qua non* 'n eenvoudige vraag stel, waarop 'n presiese antwoord met terselfdertyd 'n wye strekking verstrek kan word, is dit by uitnemendheid geskik as *oorsaaklikheidstoets*.

Oor die formulering van die *conditio sine qua non*-toets vir oorsaaklikheid is die Duitse skrywers dit vrywel eens:

> "Ursache des Erfolges ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann ohne dass damit auch der Erfolg entfiele."

Om as oorsaak aangemerk te word, moet die gewraakte handeling dus 'n onontbeerlike voorwaarde (*conditio sine qua non*) vir die gevolg wees. Kan die handeling weggedink word sonder dat die gevolg daarmee wegval, is dit nie 'n onontbeerlike voorwaarde daarvoor en derhalwe geen oorsaak daarvan nie. Die manier waarop hierdie toets die aan- of afwesigheid van 'n oorsaaklike verband tussen handeling en gevolg bepaal, heet die sogenaamde *hipotetiese eliminasiemetode*.

11 Vanweë die magdom literatuur wat daar in die Duitse strafreg oor die oorsaaklikheidsprobleem bestaan, is dit in die lig van die aard van hierdie skrywe uiteraard ondoenlik om elke skrywer se standpunt daaroor afsonderlik weer te gee en om op alle nuanses van elke gevolgsveroorsakingsteorie en gevolgsaanspreeklikheidsbegrensingsteorie in te gaan. Bowendien is dit so dat vele van hierdie standpunte en nuanses deel van die ontwikkelingsproses van die betrokke teorie uitgemaak het, voordat sodanige teorie enigsins op meer algemene aanvaarbaarheid kon aanspraak maak. Wat dus hier beoog word, is 'n bondige uiteensetting van die gevolgsveroorsakings- en gevolgsaanspreeklikheidsbegrensingsteorieë, soos dit met die ontwikkeling daarvan uitgekristalliseer het, met 'n aanduiding van die variasies daarvan wat tans in die Duitse strafreg aangetref word. Hierby sal daar telkens op die voordele van en besware teen die verskillende gevolgsveroorsakings- en gevolgsaanspreeklikheidsbegrensingsteorieë gewys word.

12 *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht* I (1858) 298.

13 *Über Causalität und deren Verantwortung* (1873) I; "Über Kausalität und Theilnahme" 1882 *ZStrW* 232.

14 Teenstanders van die *conditio sine qua non*-teorie is bv Schmidhäuser 226–228; Kahrs *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-formel im Strafrecht* (1968) 108 n 134; Kaufmann *Schmidt Festschrift* 209; Wehrenberg "Die Conditio-sine-qua-non-Formel eine pleonastische Leerformel" 1971 *MDR* 900–901, wat verklaar: "Eine wegdenkbare Bedingung kann es nicht geben, weil sie ein Widerspruch in sich selbst wäre, wie es ebenso keine 'Conditio sine qua', eine 'Bedingung, ohne welche' geben kann. Was weggedacht werden kann, kann keine Bedingung sein. Weggedacht werden kann nur, was nebensächlich und belanglos ist" (900); Otto "Risiko-erhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten" 1980 *NJW* 417 423–434.

Daarvolgens word die *werklike* oorsaaklike verloop *met* die handeling van die beskuldigde vergelyk met die *moontlike* oorsaaklike verloop *sonder* die handeling van die beskuldigde. In dié sin stel *conditio sine qua non* 'n *ex post facto diagnostiese* toets vir die oorsaaklikheid daar. Schönke Schröder en Lenckner laat hulle soos volg daaroor uit:

> "Die Feststellung der Ursächlichkeit verlangt ... ein hypotetisches Eliminationsverfahren, bei dem zu fragen ist, was geschehen wäre, wenn der Täter nicht gehandelt hätte, um sodann festzustellen, ob der Erfolg bestehen bliebe oder nicht."[15]

Voorstanders van die *conditio sine qua non*-toets vir oorsaaklikheid huiwer egter nie om op die verreikende konsekwensies daarvan en die gepaardgaande probleme wat dit meebring, te wys nie. Hulle is die volgende:[16]

Eerstens, omdat elke voorwaarde waarsonder die gevolg nie sou ingetree het

15 149. Sien ook Preisendanz 13; Dreher en Tröndle *Strafgesetzbuch* (1978) 10–11; Lackner 42; Rudolphi *Kommentar* 16; Heimann-Trosien 46 47–49; Kohlrausch en Lange *Strafgesetzbuch* (1961) 4; Jescheck 224 225, waarvolgens *conditio sine qua non* die enigste wetenskaplike toets vir oorsaaklikheid is; Maurach en Zipf 257–258 267; Baumann *Strafrecht* 225–227 231–232; *Grundbegriffe* 55–57; Blei 74–75 76; Eser 58–59; Geilen *Strafrecht* 50–51; Stratenwerth *Strafrecht* (1976) 82; Wessels *Strafrecht* 35; 1967 *JZ* 449 451; Bockelmann *Strafrecht* (1975) 62–63; Schmidhäuser 224–225; Krause en Thoma 48–49; Otto *Grundkurs Strafrecht* (1974) 77, waarvolgens die *conditio sine qua non*-teorie nie 'n oorsaaklikheidsteorie is nie, maar wel 'n voorwaardeteorie; "Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht" *Festchrift für Reinhart Maurach* (1972) 91 92–93, wat verklaar dat *conditio sine qua non "berührt* die Problematik des Tatbestandes nur, *erschöpft* sie aber nicht" (93) (my kursivering); 1980 *NJW* 417; Samson *Strafrecht* I (1974) 16–17; *Hypotetische Kausalverläufe im Strafrecht* (1972) 15–16 24; Laube en Wiefels *Strafrecht* (1970) 31; Welzel *Strafrecht* 43; 1931 *ZStrW* 706; Mayer H 71 73; Dalcke Fuhrmann en Schäfer *Strafrecht und Strafverfahren* (1961) 269; Sauer *Strafrechtslehre* 79–82; "Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung" *Frank Festgabe* I 202 209–212; Wegner *Strafrecht* (1951) 93–94; Mezger *Strafrecht* 109 112 114; Von Hinüber *Strafrecht* (1939) 27; Von Liszt en Schmidt 161–163. Von Hippel *Lehrbuch* 94–95; *Strafrecht* 138 150 152; Merkel 118–120; Berner *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (1881) 483; Nickel *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte in Hindblick auf den Grundsatz 'nullum crimen sine lege'* (1972) 35–36; Kahrs 19–20; Wolff *Kausalität von Tun und Unterlassen* (1965) 13–15; Makarewicz 411–417; Engisch *Kausalität* 7–13; Traeger *Kausalbegriff* 38–48; *Wille* 75 77 79; Binding *Normen* I 112 vn 3 115 II 447–478; Mayer ME 21–26 55–61; Von Buri *Causalität* 1–13; 1882 *ZStrW* 232–252; Von Bar *Causalzusammenhange* 4–5; *Gesetz und Schuld im Strafrecht* II Berlyn (1906–9) 164–165; Honig *Frank Festgabe* 174–177 182–183; Hall *Grünhut Erinnerungsgabe* 216–219 227; Spendel "Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund" *Festschrift für Karl Engisch* (1969) 509–527; 1949 *SJZ* 133; "Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt–BGHSt 11, 1" 1964 *JuS* 14–15; 1973 *JZ* 138–140; Birkmeyer "Ueber Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht" 1885 *GS* 257–258, waarvolgens dit op 'n teenstrydigheid neerkom om enersyds te beweer dat "Ursache ist die Gesamtheit der Bedingungen eines Erfolges" en andersyds te beweer dat "Ursache ist jede einzelne Bedingung eines Erfolges" (268); Zeiler "Zur Lehre vom Kausalzusammenhang" 1907 *ZStrW* 493 498; Proebsting "Kausalität und Tatbestandsmässigkeit der Willensbetätigung im Strafrecht" 1921 *ZStrW* 740; Köhler 1927 *JW* 2804 2805; Bohne 1929 *JW* 2749–2750; Beling 1932 *GS* 8–10 12; Henkel 1956 *NJW* 1451; Naucke "Über das Regressverbot im Strafrecht" 1964 *ZStrW* 409 412–421; Hertel 1966 *NJW* 2148–2149; Kion "Grundfragen der Kausalität bei Tötungsdelikten BGH, NJW 1966, 1823" 1967 *JuS* 499–500; Wehrenberg 1971 *MDR* 900–901; Schlüchter 1976 *JuS* 312 314; Ebert 1979 *Jura* 563; Puppe 1980 *ZStrW* 865–870 875–876.

16 Terloops kan opgemerk word dat alle verdere konsekwensies en gepaardgaande probleme klaarblyklik uit hierdie eerste konsekwensie van die *conditio sine qua non*-toets voortvloei.

nie, as oorsaak van daardie gevolg aangemerk word, word alle voorwaardes en derhalwe alle oorsake *gelykwaardig* geag. In dié verband verklaar Jescheck dat daar geen onderskeid tussen

> "strafrechtlich relevanter und irrelevanter Kausalität auf der Stufe des Kausalbegriffs ... gemacht werden kann."[17]

Dit is dus nie nodig dat die gewraakte handeling *die* (enigste of hoof-) oorsaak[18] van die ingetrede gevolg hoef te wees nie. Dit is voldoende as die gewraakte handeling *'n* oorsaak (een van meerderes) van die ingetrede gevolg was. Op sy beurt beteken dit dat die oorsaaklike verband tussen handeling en gevolg nie uitgesluit word deurdat daar ook *ander* voorwaardes vir en derhalwe oorsake van daardie gevolg, soos byvoorbeeld die abnormale liggaamlike toestand (eierdopskedel, swak hart) van die slagoffer, is nie. Dit geld, selfs al kan sodanige ander oorsake as "oorwegend" of "deurslaggewend" bestempel word. Van 'n *kwalitatiewe onderskeid* tussen verskillende voorwaardes (byvoorbeeld voorbereidingshandelinge en uitvoeringshandelinge)[19] vir 'n gevolg, is daar vir die doeleindes van oorsaaklikheid dus geen sprake nie. Al wat vereis word, is dat die gewraakte handeling die ingetrede gevolg fisies of psigies *medeveroorsaak* het.[20]

Tweedens is 'n handeling ook dan oorsaak van 'n gevolg as die gevolg *nie sonder die medewerking van ander oorsake sou ingetree het nie.* Die oorsaaklike verband tussen handeling en gevolg word nie *onderbreek* (sogenaamde "*Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*")[21] deurdat daar, benewens die handeling van die beskuldigde, bykomende opsetlike of nalatige optrede aan die kant van *derdes* of die *slagoffer self* was waarsonder die gevolg nie sou ingetree het nie.

17 224.

18 soos in die geval van die indiwidualiserende teorieë. Sien hieronder.

19 Sien die bespreking van oorsaaklikheid by deelneming in *Oorsaaklikheid by Moord en Strafbare Manslag* 187 ev.

20 Schönke Schröder en Lenckner 150–151; Preisendanz 14; Dreher en Tröndle 11; Lackner 42; Rudolphi *Kommentar* 16 18; Heimann-Trosien 47; Kohlrausch en Lange 4; Jescheck 224; Maurach en Zipf 257–258 267 270; Bauman *Strafrecht* 226 228 230 231–232; *Grundbegriffe* 56–57; Blei 78; Eser 58; Geilen *Strafrecht* 51; Stratenwerth *Strafrecht* 82; Wessels *Strafrecht* 35; Bockelmann 62–63 64; Schmidhäuser 220 224–225; Krause en Thomas 48; Otto *Grundkurs* 77; 1980 *NJW* 417; Welzel *Strafrecht* 43; Mayer H 71 73; Sauer *Strafrechtslehre* 80; Wegner 93–94; Mezger *Strafrecht* 111–113; Von Liszt en Schmidt 164; Von Hippel *Lehrbuch* 94–95; *Strafrecht* 138–139 140–141; Merkel 118–121 128–130; Traeger *Kausalbegriff* 48–50 50–61; Binding *Normen* II 447–479, wat hierdie konsekwensie van die *conditio sine qua non*-teorie verwerp; Honig *Frank Festgabe* 174 182; Hall *Grünhut Erinnerungsgabe* 216–218, wat verklaar: "Die Zahl der Antezedentien ... ist eine nicht zu begrenzende; und der Regress von der causa causati zur causa causae würde uns über die Grenzen des menschlichen Erkennens hinausführen zum Unbedingten, zum Absoluten" (217); Birkmeyer 1885 *GS* 272–280, wat hierdie konsekwensie van die *conditio sine qua non*-teorie verwerp; Givanovitch 1910 *ZStrW* 574–575 579–582; Bohne 1929 *JW* 2749; Kion 1967 *JuS* 499; Wehrenberg 1971 *MDR* 900–901; Schlüchter 1976 *JuS* 312 378; Ebert 1979 *Jura* 563.

21 Streng terminologies klink dit ietwat vreemd om hoegenaamd van 'n "onderbreking" van die oorsaaklike verband te praat. Die oorsaaklike verband tussen die handeling van die beskuldigdes en die ingetrede gevolg word immers nie tydelik *opgeskort* om daarna weer *voortgesit* te word nie!

Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar 'n dokter die slagoffer na die handeling van die beskuldigde verkeerde mediese behandeling toedien, of die slagoffer self weier om na die handeling van die beskuldigde mediese behandeling te ondergaan. Die enigste geval van sogenaamde "*abgebrochene Kausalität*"[22] waaroor daar eenstemmigheid bestaan, is dié waarin 'n latere gebeurtenis 'n *nuwe oorsaaklike ketting*, wat volkome onafhanklik van die gewraakte handeling heeltemal selfstandig die ingetrede gevolg teweegbring, aan die gang sit. Voorbeeld hiervan is waar een persoon die beoogde slagoffer 'n dodelike dosis langsaamwerkende gif toedien, maar die slagoffer kort daarna deur 'n ander persoon doodgeskiet word. Die vergiftiging kan hier weggedink word sonder dat die dood van die slagoffer daarmee wegval, maar nie die doodskoot nie. Gevolglik is die doodskoot, maar nie die vergiftiging nie, voorwaarde vir en derhalwe oorsaak van die dood van die slagoffer. 'n Waarskuwing wat egter dikwels hier geopper word, is dat daar versigtigheid aan die dag gelê moet word by die beoordeling van wat nou juis 'n *onafhanklike* en *selfstandige* oorsaak uitmaak. Indien die vergiftiging en die doodskoot op die een of ander wyse met mekaar verband sou hou, soos byvoorbeeld in die geval waar die slagoffer vanweë die vergiftiging liggaamlik nie in staat was om die doodskoot te ontkom nie, is die vergiftiging wel 'n voorwaarde vir en derhalwe oorsaak van die dood van die slagoffer. In dié verband het die sogenaamde leerstuk van "*Regressverbot*," wat deur Frank ingevoer is en waarvolgens voorwaardes wat bloot

> "Vorbedingungen einer Bedingung sind, die frei und bewusst (vorsätzlich und schuldhaft) auf die Herbeiführung des Erfolges gerichtet war,"[23]

nie as oorsake van daardie gevolg bestempel kan word nie,[24] weinig ingang gevind. Voorbeeld van so 'n geval sou wees waar een persoon sy gelaaide geweer op 'n plek laat staan waar 'n ander persoon dit vind en laasgenoemde dit dan gebruik om die slagoffer mee dood te skiet. Dat daar in so 'n geval steeds 'n oorsaaklike verband tussen die handeling van eersgenoemde persoon en die dood van die slagoffer bestaan, word vrywel algemeen aanvaar, met die gevolg dat daar van so 'n bedoelde onderskeid tussen *causa proxima* en *causa remota* nie veel tereg kom nie. Veeleer word hier met 'n sogenaamde "*Fortwirkungskriterium*" te werk gegaan.[25]

22 Oor die presiese betekenis van die begrippe "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges," "abgebrochene Kausalität" en "überholende Kausalität" bestaan daar geen eenstemmigheid nie. Soms word hulle as sinonieme en soms antonieme gebruik. Hier word getrag om hulle aan die hand van die omskrywings van die meerderheid skrywers te onderskei.

23 *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich* (1903) 16; (1931) 14.

24 Tensy daar deelneming aan die misdaad deur die betrokkenes was, in welke geval hulle as mededaders skuldig bevind kan word.

25 Schönke Schröder en Lenckner 149–150 151; Preisendanz 13 14; Dreher en Tröndle 11, waarvolgens "Tatherrschafft" wat daderskap vestig hier egter op die derdes of die slagoffer self kan oorgaan: Lackner 43 44; Rudolphi *Kommentar* 16 18 19; Heimann-Trosien 47 53–55; Kohlrausch en Lange 5–6; Jescheck 225–226; Maurach en Zipf 258 270–273, waarvolgens die leerstuk van "Regressverbot" op 'n verwarring en vereenselwiging van oorsaaklikheid met skuld neerkom (272); Baumann *Strafrecht* 225 229–230 234, waarvolgens die nadeel van die leerstuk van "Re-

Derdens word 'n oorsaaklike verband tussen handeling en gevolg nie uitgesluit deurdat dieselfde gevolg in ieder geval op 'n *later tydstip* deur *ander oorsake* bewerkstellig sou gewees het nie (sogenaamde "*überholende Kausalität*"), eenvoudig omdat dit nie op 'n later tydstip deur ander oorsake teweeggebring is nie. Voorbeeld hiervan is waar 'n dokter sy sterwende pasiënt 'n dodelike inspuiting toedien (sogenaamde "*Sterfbeihilfe*"), of die vader van die ter-dood-veroordeelde die laksman opsy stamp en self die doodsvonnis voltrek. Dit is vir die doeleindes van oorsaaklikheid voldoende dat 'n handeling te midde van ander voorwaardes 'n bydrae tot die gevolg in sy *konkrete* vorm, soos dit *werklik* ingetree het, gelewer het. Al wat dus nodig is, is dat die gewraakte handeling die ingetrede gevolg *verhaas* het.[26] So verklaar Rudolphi:

gressverbot" is dat dit die voordele van adekwasie as korrektief op die *conditio sine qua non*-toets teenwerk en oorsaaklikheid te eng omlyn (230–231), en wat m b t die begrippe "abgebrochene Kausalität" en "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" verklaar: "Alle diese Ausdrücke sind leicht missverständlich, da es Kausalität zwischen einer Handlung und einem Erfolg entweder gibt oder nicht gibt. Eine abgebrochene oder unterbrochene Kausalität is ein Widerspruch in sich. Die Bezeichnung als überholende Kausalität ist immerhin haltbar" (231); *Grundbegriffe* 57–58; Blei 81–83; Eser 64–66; Geilen *Strafrecht* 52–53; "Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung" *Festschrift für Hans Welzel* (1974) 655 661–665; Stratenwerth *Strafrecht* 82; Wessels *Strafrecht* 35 36–37; Bockelmann 63–64; Schmidhäuser 230 233 234; Otto *Grundkurs* 73 77 82; *Maurach Festschrift* 96–101; Welzel *Strafrecht* 44; Laube en Wiefels 32–33; Mayer H 73–74; Dalcke Fuhrmann en Schäfer 269–270; Sauer *Strafrechtslehre* 85 86 87; Wegner 94–95 102–106; Mezger *Strafrecht* 114 125–126; Von Hinüber 28; Von Liszt en Schmidt 164–166, waarvolgens die leerstuk van "Regressverbot" geen invloed op die bepaling van 'n oorsaaklikheidsverband het nie, maar wel op die vasstelling van daderskap by deelneming (166); Von Hippel *Lehrbuch* 95–96; *Strafrecht* 139 141–142; 1931 *JW* 941; Berner 482–483, Engisch *Kausalität* 26–27 36 38 40 42–43 49 80–85; Traeger *Kausalbegriff* 177–187; Binding *Normen* III 519 vn 24 IV 579 583–591, wat egter wel die onderbreking van 'n oorsaaklike verloop erken; Mayer ME 94; Von Buri *Causalität* 5–11 66–76; Von Bar *Causalzusammenhange* 18–30; *Gesetz* 166–169 218–243; Honig *Frank Festgabe* 176–177; Exner "Fahrlässiges Zusammenwirken" *Frank Festgabe* I 569–597, wat egter wel die onderbreking van 'n skuldsamehang erken. Birkmeyer 1885 *GS* 275–278; Zeller 1907 *ZStrW* 496–515, wat egter wel die onderbreking van 'n oorsaaklike verloop erken; Köhler 1927 *JW* 2804–2805, wat egter wel die onderbreking van 'n oorsaaklike verloop erken; Bohne 1929 *JW* 2749; Kern 1930 *JW* 2962; Steiniger 1931 *JW* 940–941, wat egter wel die onderbreking van 'n oorsaaklike verloop erken; Peschke 1931 *JW* 3373; Beling 1932 *GS* 8–10 12; Spendel 1949 *SJZ* 134; Lampe "Täterschaft bei fahrlässiger Straftat" 1959 *ZStrW* 579 613–616; Maurach "Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?" 1960 *GA* 97–104; Naucke 1964 *ZStrW* 409–440; Seebald "Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens" 1969 *GA* 193 202; Kion 1967 *JuS* 499–500; Schluchter 1976 *JuS* 378–380; Jakobs "Regressverbot beim Erfolgsdelikte" 1977 *ZStrW* 1–35; Ebert 1979 *Jura* 566–568; Marxen en Winter "Strafrecht: Die verhängnisvolle Silversterfahrt" 1979 *JuS* 204 207.

26 Schönke Schröder en Lenckner 151–152; Preisendanz 14; Dreher en Tröndle 11; Lackner 44; Rudolphi *Kommentar* 18 19; Heimann-Trosien 47 52 54; Kohlrausch en Lange 5–6; Jescheck 228; Maurach en Zipf 269; Baumann *Strafrecht* 225 231; *Grundbegriffe* 55–56; Blei 77; Eser 66–68, wat verklaar: "Für die Falle der 'überholenden Kausalität' ist typisch, dass der tatbestandsmässige Erfolg auch *ohne* Handeln des *Taters* aufgrund einer bereits in Gang befindlichen ... oder möglicherweise in Gang tretenden Kausalkette ... eintreten würde, dass jedoch durch das Handeln des Täters der Erfolg auf schnellere (oder ... auf andere) Weise eintritt, kurz: das *Handeln* des Täters eine andere *gleichgerichtete* Kausalkette *'überholt'*" (67); Geilen *Strafrecht* 52–53; Wessels *Strafrecht* 35 36; 1967 *JZ* 449; Bockelmann 64 65–66; Schmidhäuser 231–232 235, wat

"Massgebend ist stets, ob der Täter *das äussere Geschehen in seiner konkreten Gestalt* verursacht hat, das als tatbestandlicher Unrechtserfolg zu qualifizieren ist. Umstände, die tatbestandlich irrelevant sind, haben daher bei der Kausalitätsfeststellung ausser Betracht zu bleiben."[27]

Vierdens is daar gevalle van sogenaamde *hipotetiese oorsaaklikheid* ("*ermöglichende*" of "*potentielle Kausalität*"). Aangesien alle voorwaardes, hetsy positief of negatief, vir 'n gevolg kragtens die *conditio sine qua non*-toets oorsake daarvan is, is nie alleen werklike voorwaardes nie, maar ook *moontlike* voorwaardes oorsake van die betrokke gevolg. Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar die beskuldigde sy vuurwapen aan 'n persoon verskaf om die slagoffer mee dood te skiet, maar dié persoon in elk geval op dieselfde tydstip 'n vuurwapen vir dieselfde doel deur 'n ander persoon aangebied is. Word net die werklike voorwaardes, waaronder die feit dat dit die beskuldigde se vuurwapen was waarmee die doodskoot afgevuur is, in berekening gebring vir die doeleindes van oorsaaklikheid, ly dit geen twyfel nie dat sy handeling voorwaarde vir en derhalwe oorsaak van die slagoffer se dood was. Word die moontlike voorwaardes, waaronder die feit dat 'n ander persoon op dieselfde tydstip sy vuurwapen vir dieselfde doel aangebied het, egter in berekening gebring vir die doeleindes van oorsaaklikheid, is dit duidelik dat die dood van die slagoffer ook sou ingetree het sonder die vuurwapen van die beskuldigde, omdat die ander persoon se vuurwapen dan gebruik sou gewees het. Om hierdie probleem die hoof te bied, word daar egter allerweë 'n beperking op dié konsekwensie van die *conditio sine qua non*-teorie geplaas deur as vereiste vir oorsaaklikheid te stel dat alleen handelinge wat *werklik* tot die gevolg in sy *konkrete* vorm *bygedra* het, as oorsake daarvan aangemerk kan word. In dié trant verklaar Schönke Schröder en Lenckner

"massgeblich dafür, ob etwas ursächlich geworden ist, ist nicht, was *geschehen wäre, wenn* ... sondern allein das, was *tatsächlich* geschehen ist."[28]

Volgens hierdie beperking sal dit dan geen verskil maak dat *dieselfde gevolg* op *dieselfde tydstip* sou ingetree het deur 'n sogenaamde "*Ersatzbedingung*," wat egter nooit werklikheid geword het nie. By nalatigheidsmisdade beteken dit dat die oorsaaklike verband tussen 'n pligstrydige handeling van die beskuldigde en die ingetrede gevolg nie uitgesluit word deurdat die gevolg ook sou ingetree het

hier sonder verwysing na oorsaaklikheid objektiewe toerekening op grond van "Handlungsunwert" en "Erfolgsunwert" aanvaar; Welzel *Strafrecht* 43; Wegner 94; Mezger *Strafrecht* 114–115 116; Von Hippel *Strafrecht* 139–140; Samson *Kausalverläufe* 25–26 110–112; Kahrs 30 69–103; Wolff 21–23; Engisch *Kausalität* 15–18; Traeger *Kausalbegriff* 45 47 vn 1; Von Bar *Causalzusammenhange* 23; Hall *Grünhut Erinnerungsgabe* 218; Zeiler 1907 *ZStrW* 496–497; Schlüchter 1976 *JuS* 380–381 518–519, wat verklaar: "Allein entscheidend ist, ob der Erfolg in *seiner individuellen, zeitlichräumlichen Gestalt* auf der Handlung des Täters beruht. Es ist deshalb unerheblich, ob der gleiche Erfolg später infolge anderer Bedingungen enstanden wäre. Der gleiche später eingetretene Erfolg ist eben ein anderer und nicht derselbe konkrete Erfolg in seiner individuellen, zeitlich-räumlichen Gestalt" (380–381); Ebert 1979 *Jura* 563–565; Otto 1980 *NJW* 418 421–423; Puppe 1980 *ZStrW* 863 873–874.

27 *Kommentar* 18 (my kursivering).

28 149.

as die beskuldigde pligmatig sou opgetree het nie. Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar die beskuldigde te vinnig ry of dronk bestuur en die slagoffer doodry in omstandighede waarin hy die ongeluk nie sou kon vermy het nie, ook al was hy nugter of al het hy ook nie die spoedgrens oorskry nie.

Aan die ander kant beteken die verontagsaming van moontlike voorwaardes weer die ontkenning van veroorsaking deur 'n late. Omdat die beskuldigde in so 'n geval versuim het om positief op te tree, is die vraag of die gevolg ook in die geval van positiewe optrede aan sy kant sou ingetree het. Die toets wat soms hier aangewend word is dan nie of die (werklike pligstrydige) late weggedink kan word sonder dat die gevolg wegval nie, maar wel of die gevolg sou wegval indien 'n (potensiële pligmatige) doen deur die beskuldigde *bygedink* word (sogenaamde "*Quasi-Kausalität*"), alhoewel die vraag dikwels eenvoudig gestel word of die beskuldigde by 'n late die betrokke gevolg kon *verhinder* of *voorkom* of *vermy* het.[29] In dié verband laat Lackner hom soos volg uit:

29 Schönke Schröder en Lenckner 149–150 152; Dreher en Tröndle 11–13, waarvolgens 'n late nie natuurwetenskaplik kan veroorsaak nie; Lackner 43; Rudolphi *Kommentar* 16 17–18 19 23–24; Heimann-Trosien en Wolff 94–95; Kohlrausch en Lange 6–7; Jescheck 225 226 227; Maurach en Zipf 253 258 270, waarvolgens daar by 'n late eintlik 'n "mechanisch wirkende Realität" ontbreek (253); Baumann *Strafrecht* 226 227; *Grundbegiffe* 56; "Schuld und Verantwortung" 1962 *JZ* 41 46–48; Eser 72–76; Geilen *Strafrecht* 53–54; Wessels *Strafrecht* 35–36; 1967 *JZ* 450–452; Bockelmann 64–65; Schmidhäuser 221; Krause en Thoma 48; Samson *Strafrecht* 19–21; *Kausalverläufe* 18–21 23–48 108–116; "Begehung und Unterlassung" *Welzel Festschrift* 579 592–593, wat verklaar: "Die Tötung durch Handeln ist Verursachung einer *Lebensverkürzung*, die Tötung durch Unterlassen ist die Nichtverursachung einder *Lebensverlängerung*"; Welzel *Strafrecht* 44; Dalcke Fuhrmann en Schäfer 269–270; Sauer *Strafrechtslehre* 90–91; *Frank Festgabe* 207–212, waarvolgens *conditio sine qua non* en adekwasie as oorsaaklikheidstoetse by hipotetiese oorsaaklikheid tot verskillende resultate lei, en waarvolgens die vraag hier is of die gevolg adekwaat was in die sin dat dit objektief voorsienbaar was; Wegner 95–96 101–102; Mezger *Strafrecht* 130–150; 1958 *JZ* 281–282; Von Liszt en Schmidt 169–173; Von Hippel *Lehrbuch* 100–101; *Strafrecht* 146–147 159–160; "Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission" 1915 *ZStrW* 501–521; Herzberg "Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip" (1972) 204–205 276–282; "Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt" 1971 *MDR* 881–883; Nickel 33–51; Kahrs 6–9 33–103 114–133 206–255; Wolff 21–55; Armin Kaufmann *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (1959) 59–66 202–203; Engisch *Kausalität* 17–18 29–32; "Tun und Unterlassen" *Festschrift für Wilhelm Gallas* (1973) 163–196; Traeger *Kausalbegriff* 61–73; Binding *Normen* IV 582 vn 4; Von Buri *Causalität* 96–101; "Über die Kausalität der Unterlassung" 1881 *ZStrW* 400–413; Von Bar *Causalzusammenhange* 90–119; *Gesetz* 244–270; Honig *Frank Festgabe* 189–194, waarvolgens die verhindering van die gevolg en die beheerbaarheid daarvan deurslaggewend vir aanspreeklikheid vir 'n late is; Exner *Frank Festgabe* 569–597; Spendel "Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen" *Schmidt Festschrift* 183–199; *Engisch Festschrift* 515; 1964 *JuS* 14–20; 1973 *JZ* 137–141, wat as vereiste vir veroorsaking deur 'n late stel dat dit 'n "negative notwendige Bedingung" vir die ingetrede gevolg moet wees (140); Kaufmann *Schmidt Festschrift* 200–231, waarvolgens 'n late as sodanig nie kan veroorsaak nie (214), en waarvolgens nie net hipotetiese oorsake ná die werklike oorsake nie, maar ook die daarvóór vir oorsaaklikheid van belang is (206); Hall *Grünhut Erinnerungsgabe* 219–220 224–227, waarvolgens *conditio sine qua non* en adekwasie as oorsaaklikheidstoetse by aanspreeklikheid vir 'n late tot dieselfde resultaat lei, omdat by albei aan die vereiste van 'n "aan sekerheid grensende waarskynlikheid" van die intrede van die gevolg voldoen moet word (227); Schaffstein "Die Risikoerhöhung als objektive Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe" *Festschrift für Richard M Honig* (1970) 169 172–173; Otto *Maurach Festschrift* 93; 1980 *NJW* 417; Haupt "Zur

"jedenfalls ist eine Bewertung des Zusammenhangs zwischen Unterlassen und Erfolg mindestens in sog Quasikausalität möglich und zugleich erforderlich, um dem sozialen Sinngehalt des Geschehens gerecht zu werden. Für die Beurteilung kommt es darauf an, ob die unterbliebene Handlung nicht '*hinzugedacht*' werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele, dh ob sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Erfolg *verhindert* hätte."[30]

Van belang is hier ook die gevalle van sogenaamde "*Abbruch rettender Kausalverlaufe*." Voorbeeld hiervan is waar die beskuldigde 'n reddingspoging deur 'n ander persoon op die slagoffer fnuik, soos waar die beskuldigde 'n ander persoon verhinder om 'n reddingsgordel na die verdrinkende slagoffer te gooi. Die vraag wat hier gestel word, is of die dood van die slagoffer nie sonder die reddingsverhinderende handeling van die beskuldigde sou ingetree het nie, in welke geval daar aan die oorsaaklikheidsvereiste voldoen word. Indien dit egter sou blyk dat die gevolg in elk geval sou ingetree het, al het die beskuldigde geen reddingsverhinderende handeling verrig nie, word daar nie aan die oorsaaklikheidsvereiste voldoen nie. Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar die beskuldigde die ander persoon verhinder om 'n reddingsgordel na die verdrinkende slagoffer te gooi, maar dit blyk dat selfs al sou die ander persoon die reddingsgordel na die slagoffer gegooi het, die slagoffer in ieder geval te ver was om daarby uit te kom en daarvan gebruik te maak. Weer eens word hier dus vir die doeleindes van oorsaaklikheid nie alleen die werklike voorwaardes vir die ingetrede gevolg nie, maar ook die moontlike voorwaardes daarvoor in berekening gebring.[31]

Lehre von den Unterlassungsdelikten" 1882 *ZStrW* 533–550; Luther 1889 *ZStrW* 232–236; Höpfner "Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte" 1915 *ZStrW* 103–132; Merkel 1931 *JW* 885 886, wat verklaar: "Man kann die Kausalität einer Unterlassung nicht damit nachweisen, dass man sich die unterlassene Handlung hinzudenkt; denn dann legt man dem kausalen Denken nicht Realitäten, sondern Annahmen-zugrunde" (866); Niethammer "Strafbares Unterlassen" 1938 *ZStrW* 431 432–437; Lampe 1959 *ZStrW* 598–610; Roxin "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten" 1962 *ZStrW* 411–444; Rauft "Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen" 1963 *JuS* 340–345; Arthur Kaufmann en Hassemer "Strafrecht: Der überfallende Spazierganger" 1964 *JuS* 151 152; Meyer-Bahlburg "Unterlassen durch Begehen" 1968 *GA* 49 53–54; Hardwig "Verursachung und Erfolgzurechnung" 1968 *JZ* 289–292; Reinelt 1968 *NJW* 2152–2153; Seebald 1969 *GA* 193–214, wat verklaar: "der Unterlassende gestaltet nichts, wendet nichts, bewirkt nichts, er ist weder herbeiführend noch vermeidend kausal, sondern versäumt eben das Letztere, er hätte die tatsächlich herbeiführende Kausalität abwenden, vermeiden müssen" (198); Ulsenheimer "Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Fahrlässigkeitsdelikte" 1969 *JZ* 364–369; "Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvormahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung-BGH bei Dallinger, MDR 1971, 361" 1972 *JuS* 252 253; Mertens en Reeb "Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlung" 1971 *JuS* 469–474; Schlüchter 1976 *JuS* 381–382 518–520 793–794; Bindokat "Versari in re illicita und Erfolgszurechnung" 1977 *JZ* 549–552; Ebert 1979 *Jura* 563–564; Puppe 1980 *ZStrW* 868–874 878–883 888–895 895–906.

30 44 (my kursivering). Streng gesproke is die toets dan *conditio cum qua non* en nie *conditio sine qua non* nie.

31 Schönke Schröder en Lenckner 148; Rudolphi *Kommentar* 17; Jescheck 223 228 vn 29; Maurach en Zipf 270; Baumann *Strafrecht* 267; Eser 89; Geilen *Strafrecht* 55; Stratenwerth *Strafrecht* 84–85; Schmidhäuser 230–231 236, wat sonder verwysing na oorsaaklikheid eenvoudig verklaar dat die "Handlungsunwert" sig hier in die gevolg verwesenlik; Otto *Grundkurs* 77; Samson

Samson laat hom soos volg daaroor uit:

> "Verboten ist es nur, Ersatzursachen hinzuzudenken, die anstelle der wegzudenkenden Handlung wirksam geworden wären. Geboten ist es dagegen, solche Umstände hinzuzudenken, die den Erfolg verhindert hätten, wenn die Handlung nicht stattgefunden hätte."[32]

Vyfdens is daar die gevalle van sogenaamde "*alternativen Konkurrenz*" of "*Doppelkausalität*," waarin 'n aantal selfstandige en afsonderlike voorwaardes, wat *elkeen op sigself genoegsaam* is om die gevolg teweeg te bring, saamwerk om daardie gevolg te bewerkstellig. Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar twee persone *onafhanklik* van mekaar elkeen 'n dodelike dosis gif in die slagoffer se kos gooi en die slagoffer daaraan beswyk. Omdat elkeen se handeling weggedink kan word, sonder dat die dood van die slagoffer daarmee wegval, kan nòg die een nòg die ander se handeling as *conditio sine qua non* vir en derhalwe as oorsaak van die ingetrede gevolg bestempel word. Immers, indien die een dosis gif weggedink word, bly die ander dosis gif oor om die dood van die slagoffer te veroorsaak en andersom. Om hierdie probleem te oorbrug, word hierdie gevalle eenvoudig as 'n uitsondering op die *conditio sine qua non*-toets beskou en word daar gevolglik aanvaar dat hier aan die oorsaaklikheidsvereiste voldoen word. So verklaar Welzel:

> "Von mehreren Bedingungen, die swar *alternativ*, nicht aber *kumulativ* hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiele, ist jede für den Erfolg ursächlich."[33]

Albei die toedieners van die gif sal dus aan voltooide moord of doodslag skuldig bevind kan word. Vereiste is egter dat die handelinge *tegelykertyd* die gevolg moes bewerkstellig het, omdat latere voorwaardes andersins voor vroeëre voorwaardes as oorsake wat die ingetrede gevolg verhaas het, moet wyk. As twee persone byvoorbeeld onafhanklik van mekaar die slagoffer elkeen 'n dodelike dosis gif toedien, waar die gif van die een die dood van die slagoffer veroorsaak voordat die gif van die ander dit kan doen, voldoen slegs eersgenoemde aan die oorsaaklikheidsvereiste en kan laasgenoemde hoogstens aan poging tot moord of doodslag skuldig bevind word. Kan dit nie bewys word dat die handelinge gelyktydig die ingetrede gevolg teweeggebring het nie, kan die beskuldigdes in die lig van die stelreël *in dubio pro reo* hoogstens aan poging tot moord of doodslag skuldig bevind word.[34]

*Strafrecht* 21; *Kausalverläufe* 94–96; Welzel *Strafrecht* 44; Mezger *Strafrecht* 133 vn 13; Von Liszt en Schmidt 170 vn 1; Nickel 44–45; Kahrs 46–51; Wolff 18–19 29–30; Traeger *Kausalbegriff* 64–65; Roxin "An der Grenze von Begehung und Unterlassung" *Engisch Festschrift* 380 386–393; Engisch *Gallas Festschrift* 180–184; Rauft 1963 *JuS* 341–345; Meyer-Bahlburg 1968 *GA* 51 52; Seebald 1969 *GA* 195; Puppe 1980 *ZStrW* 903–909. 'n Verdere voorbeeld wat soms hier genoem word, is dié waarin die beskuldigde 'n derde verhinder om teengif aan die slagoffer toe te dien nadat laasgenoemde deur 'n giftige slang gepik is.

32 *Strafrecht* 21.

33 *Strafrecht* 45 (my kursivering).

34 Schönke Schröder en Lenckner 152–153; Dreher en Tröndle 12; Lackner 44; Rudolphi *Kommentar* 16 19; Heimann-Trosien 55, wat verklaar dat "aus praktischen Bedürfnissen und Gründen der Gerechtigkeit bei festgestellter echter Doppelkausalität die Ursächlichkeit für jede der

Meningsverskil heers egter oor die vraag of daar aan die oorsaaklikheidsvereiste voldoen word in die omgekeerde geval van sogenaamde *kumulatiewe oorsaaklikheid,* waarin meerdere selfstandige en afsonderlike handelinge gesamentlik die gevolg teweegbring, *sonder dat enigeen van hulle op sigself genoegsaam is om daardie gevolg te bewerkstellig.* Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar twee persone onafhanklik van mekaar elkeen 'n dosis gif, wat op sigself nie genoegsaam is om die slagoffer se dood te veroorsaak nie, in sy kos gooi en laasgenoemde aan die *gesamentlike* uitwerking daarvan beswyk. Volgens sommige skrywers[35] word hier nie aan die oorsaaklikheidsvereiste voldoen nie, omdat elke beskuldigde slegs vir sy eie ongenoegsame bydrae verantwoordelik gehou kan word en kan die beskuldigdes hier hoogstens aan poging tot moord of doodslag skuldig bevind word. Volgens ander skrywers[36] word hier egter wel aan die oorsaaklikheidsvereiste voldoen, omdat die gevolg telkens wegval as òf die een òf die ander handeling weggedink word, sodat die beskuldigdes wel aan voltooide moord of doodslag skuldig bevind kan word. Tussenin staan 'n groep skrywers[37]

Handlungen zu bejahen (ist); denn es wäre unerträglich, alle Handelnden trotz voller Verwirklichung des Tatbestands nur deswegen zu bevorzungen, weil der Erfolg ja auch durch das Tun des anderen zur selben Zeit und in derselben Weise eingetreten wäre"; Jescheck 226–227; Maurach en Zipf 270; Baumann *Strafrecht* 234; *Grundbegriffe* 58; Eser 68; Wessels *Strafrecht* 35; Bockelmann 63; Schmidhäuser 232, wat hier objektiewe toerekening op grond van "Handlungsunwert" en "Erfolgsunwert" sonder oorsaaklikheid as basis aanvaar; Otto *Grundkurs* 77; Samson *Strafrecht* 21–22, waarvolgens die gif van die ander hier nie bygedink mag word nie, omdat dit dan op 'n ongeoorloofde aanwending van die *conditio sine qua non*-toets sou neerkom (22); *Kausalverläufe* 93; Welzel *Strafrecht* 44–45; Kahrs 9–16 104–113 255–259; Engisch *Kausalität* 13–15; Traeger *Kausalbegriff* 45–46 47–48, wat verklaar: "Ferner muss von zwei oder mehreren Umständen, trotzdem die einzeln weggedacht den juristisch relevanten Erfolg zwar gänzlich unverändert lassen, jeder Umstand als Bedingung *im Rechtsinne* gelten, wenn die beiden oder mehreren Umstände selbständig entscheidende Bedingungen im Verhältnis zueinander sind, wenn sie also *insgesamt* nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der juristisch bedeutsame Erfolg entfiele" (47–48) (my kursivering); Binding *Normen* IV 584; Von Buri *Causalität* 70–71; Kaufmann *Schmidt Festschrift* 210–211 231, wat verklaar: "Hier wird aber bei der Anwendung der Formel ganz offensichtlich schon *vorausgesetzt,* das beide Handlungen wirklich *Bedingungen* sind, also zusammen den Erfolg verursacht haben. Woher weiss man das aber, dass es tatsächlich so ist?" (210–211); Schaffstein *Honig Festschrift* 176–178; Zeiler 1907 *ZStrW* 498 505; Kion 1967 *JuS* 500–501; Seebald 1969 *GA* 200–201; Schlüchter 1976 *JuS* 520–521; Ebert 1979 *Jura* 568; Puppe 1980 *ZStrW* 877–878. Vgl egter Mezger *Strafrecht* 115–116, waarvolgens daar by alternatiewe oorsaaklikheid bewys van indiwiduele veroorsaking ontbreek, sodat albei die beskuldigdes hoogstens aan poging tot moord of doodslag skuldig kan wees. Volgens Baumann *Strafrecht* 234 vn 36 lei so 'n standpunt egter tot straffeloosheid by nalatige alternatiewe oorsaaklikheid. 'n Verdere voorbeeld wat soms hier genoem word, is dié van die vuurpeloton wat die slagoffer doodskiet.

35 Maurach en Zipf 270, op grond van ontbrekende adekwasie; Welzel *Strafrecht* 45; Ebert 1979 *Jura* 568.

36 Jescheck 226–227; Rudolphi *Kommentar* 19–20, waarvolgens objektiewe toerekenbaarheid hier egter mag ontbreek; Mezger *Strafrecht* 115; Puppe 1980 *ZStrW* 876–877 906–909 en vgl Von Bar *Gesetz* 229–231; Zeiler 1907 *ZStrW* 498–505; Seebald 1969 *GA* 200.

37 Schönke Schröder en Lenckner 153, wat verklaar: "Hier sind zwar beide für den Erfolg kausal geworden, doch kommt im Fall der vorsätzlichen Begehung nur Versuch in Betracht, soweit sich das Setzen weiterer Kausalfaktoren durch den anderen für den Handelnden als eine wesentliche Abweichung im Kausalverlauf darstellt . . . Dagegen würde bei einverständlichem Zusammen-

volgens wie hier wel aan die oorsaaklikheidsvereiste voldoen word, maar volgens wie die beskuldigde desondanks op grond van ander oorwegings slegs aan poging tot moord of doodslag skuldig bevind kan word. Uiteindelik is daar skrywers[38] volgens wie die beskuldigde wat hier eerste handel slegs aan poging tot moord of doodslag skuldig bevind kan word, omdat die dosis gif wat hy toedien ongenoegsaam is om die dood van die slagoffer te bewerkstellig, maar volgens wie die beskuldigde wat hier tweede handel wel aan die oorsaaklikheidsvereiste voldoen, omdat die dosis gif wat hy toedien in die gegewe omstandighede wel die dood van die slagoffer veroorsaak, alhoewel hy moontlik op grond van ander oorwegings nie aan voltooide moord of doodslag skuldig bevind sal word nie. Was die beskuldigdes egter deelnemers, kan hulle as mededaders aan voltooide moord of doodslag skuldig bevind word, omdat die een nie sonder die ander sou gehandel het nie, sodat albei se handelinge voorwaardes vir en derhalwe oorsake van die dood van die slagoffer daarstel.[39]

Ten slotte bly 'n oorsaaklike verband bestaan selfs al neem die oorsaaklike ketting van gebeure 'n *ongewone, onvoorsienbare, onwaarskynlike* of *onbeheerbare* verloop,[40] soos byvoorbeeld waar die slagoffer na die handeling van die beskuldigde op pad hospitaal toe in 'n verkeersongeluk omkom, of vanweë 'n brand in die hospitaal beswyk of 'n dodelike infeksie tydens sy verblyf aldaar opdoen.[41]

wirken Mittäterschaft vorliegen"; Preisendanz 15, wat verklaar: "Nach der Bedingungstheorie war sowohl das Verhalten des A als auch das des B für den Tod des X kausal. X ist nur dadurch ums Leben gekommen, dass beide ihm Gift beibrachten. Es widerspricht jedoch jeder Lebenserfahrung, dass zwei Personen völlig unabhängig voneinander einem Dritten mit Tötungsvorsatz Gift geben. Es handelt sich somit um einen atypischen Geschehnisablauf. A kann nicht für die Tat des B, dieser nicht für die Tat des A verantwortlich gemacht werden. Jeder haftet nur für seinen eigenen Tatbeitrag, d.h. jeder ist so zu stellen, wie wen der andere gar nicht tätig geworden wäre. Denkt man aber den jeweiligen Tatbeitrag des anderen hinweg, so kann jeder nur wegen versuchten Mords ... bestraft werden"; Kaufmann *Schmidt Festschrift* 211.

38 Schmidhäuser 232, op grond van ontbrekende skuld.

39 Sien die gesag aangehaal in die vorige vier voetnote. Opmerklik is dus dat geeneen van die voormelde skrywers voldoening aan die *conditio sine qua non*-toets in gevalle van kumulatiewe oorsaaklikheid ontken nie. Ook moet daarop gewys word dat die begrippe "alternatiewe oorsaaklikheid" en "kumulatiewe oorsaaklikheid" soms in dieselfde asem gebruik word sonder om hulle behoorlik van mekaar te onderskei.

40 anders as by die toepassing van die adekwasietoets. Sien hieronder.

41 Schönke Schröder en Lenckner 153; Preisendanz 14–15; Dreher en Tröndle 11; Lackner 42; Rudolphi *Kommentar* 18; Heimann-Trosien 47 54–55, waarvolgens adekwasie hier sal ontbreek; Maurach en Zipf 258; Baumann *Strafrecht* 231–233, waarvolgens dit verkeerd is om te beweer dat waar die beskuldigde bloot 'n buitengewone oorsaaklike verloop begeer het, daar geen opset of wederregtelikheid aanwesig is nie (232), en wat verklaar: "Wir sind nicht gehindert, klare Ausnahmen von der Äquivalenztheorie dann zu postulieren, wenn der Kausalnexus aussergewöhnlich schwach geworden ist" (233); *Grundbegriffe* 57 59 60; 1962 *JZ* 46; Eser 59; Stratenwerth *Strafrecht* 82–83; Wessels *Strafrecht* 36; Bockelmann 63; Schmidhäuser 225; Laube en Wiefels 31; Mayer H 70 71; Mezger *Strafrecht* 113–114; Von Hippel *Lehrbuch* 96; *Strafrecht* 143 145; Traeger *Kausalbegriff* 41; Triffterer "Die 'objektive Voraussehbarkeit' (des Erfolges und des Kausalverlaufs)-unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?" *Festschrift für Paul Bockelmann* (1979) 201 213–214; Zeiler 1907 *ZStrW* 496–497; Bohne 1929 *JW* 2749–2750; Kion 1967 *JuS* 499 vn 3; Schlüchter 1976 *JuS* 312; Ebert 1979 *Jura* 566.

Voorstanders van die *conditio sine qua non*-toets vir oorsaaklikheid is dit egter eens dat selfs die voormelde kwalifisering daarvan nog nie al die besware daarteen uit die weg ruim nie. 'n Verdere beswaar wat teen dié toets geopper word, is dat dit dikwels as 'n selfstandige en afsonderlike oorsaaklikheidstoets beskou word, in stede van *'n blote metodiese hulpmiddel om die wetmatige verband tussen handeling en gevolg te bewys.* Volgens die skrywers wat hierdie mening huldig, kan die vraag of 'n bepaalde gevolg sonder 'n bepaalde handeling sou ingetree het, alleen beantwoord word as die wetmatige verhouding tussen 'n soortgelyke handeling en 'n soortgelyke gevolg *reeds empiries vasstaan.*[42] So verklaar Rudolphi dat

> "mit Hilfe dieser Formel ein Kausalzusammenhang selbst niemals ermittelt werden kann. Sie setzt vielmehr stets die Feststellung des Kausalverlaufs bereits voraus. Denn nur, wenn dieser auf Grund anderer Festellungen bekannt ist, lässt sich die Frage beantworten, ob der Erfolg auch ohne die Handlung eingetreten wäre oder nicht. Der conditio-Formel kommt daher allein eine heuristische, kontrollierende Bedeutung zu."[43]

Daarom stel hulle voor dat die *conditio sine qua non*-teorie veeleer in 'n sogenaamde "*Formel von der gesetzmässigen Bedingung*"[44] omskep word. Volgens hierdie formule is 'n voorwaarde oorsaak van 'n gevolg as die gevolg deur 'n reeks veranderinge natuurwetmatig aan die voorwaarde verbind is. Die vraag is dus nie of die betrokke gevolg ook sonder die betrokke handeling sou ingetree het nie, *maar wel of die konkrete handeling werklik tot die konkrete gevolg bygedra het.*[45] Jescheck laat hom soos volg daaroor uit:

> "Richtig ist es deswegen, gar nicht danach zu fragen, ob der Erfolg nach Lage der Dinge auch ohne die Handlung eingetreten wäre, die auf ihre Ursächlichkeit geprüft wird, denn für die Bedingungsqualität einer Handlung kommt es allein darauf an, ob sie den Erfolg aufgrund des Kausalgesetzes *nach unserem Erfahrungswissen* tatsächlich herbeigeführt hat. Dafür aber ist es erforderlich, den Einzelfall auf seine *gesetzmässigen Zusammenhänge* zu untersuchen, indem danach gefragt wird, ob

42 Schönke Schröder en Lenckner 149–150; Lackner 43–44; Rudolphi *Kommentar* 16–17; Jescheck 226 227; Maurach en Zipf 265; Eser 59; Geilen *Strafrecht* 50–51; Stratenwerth *Strafrecht* 83; Schmidhäuser 226–227; Samson *Strafrecht* 16; Engisch *Kausalität* 18–20; Kaufmann *Schmidt Festschrift* 210; Ebert 1979 *Jura* 563; Otto 1980 *NJW* 418.

43 *Kommentar* 16.

44 Voorstanders van die "Formel von der gesetzmässigen Bedingung" is bv Schönke Schröder en Lenckner 149–153; Rudolphi *Kommentar* 17–20; Jescheck 227; Geilen *Strafrecht* 51; Samson *Kausalverläufe* 31–33; Engisch *Kausalität* 20–21; Kaufmann *Schmidt Festschrift* 210; Ebert 1979 *Jura* 563; Puppe 1980 *ZStrW* 874–875.

45 Schönke Schröder en Lenckner 150; Lackner 44; Rudolphi *Kommentar* 16–17; Heimann-Trosien 56, waarvolgens die "Formel von der gesetzmässigen Bedingung" inderdaad op 'n verwerping van die *conditio sine qua non*-toets neerkom; Jeschek 227–228; Maurach en Zipf 254–257; Eser 59, wat verklaar dat die formule geen antwoord bied op die vraag "[w]ie detailliert müssen ... die einzelnen Gesetzmässigkeiten nachgewiesen sein"; Geilen *Strafrecht* 51; Engisch *Kausalität* 20–21; Samson *Kausalverläufe* 93–96; Otto *Maurach Festschrift* 93; Schlüchter 1976 *JuS* 314 520, waarvolgens die "Formel von der gesetzmässigen Bedingung" van blote akademiese belang is, omdat oorsaaklikheid genoegsaam met die *conditio sine qua non*-toets vasgestel kan word; Ebert 1979 *Jura* 563; Puppe 1980 *ZStrW* 874–875.

> die Handlung von einer Art gewesen ist, dass sie Folgeerscheinungen von der Art, wie sie im konkreten Fall eingetreten sind, nach unserer Erfahrung herbeiführt. Für die Kausalität im Sinne der Bedingungstheorie kommt es somit allein daurauf an, *ob sich an eine Handlung zeitlich nachfolgende Veränderungen in der Aussenwelt angeschlossen haben, die mit der Handlung gesetzmässig verbunden waren* und sich als tatbestandsmässiger Erfolg darstellen ... Die Formel von der 'conditio sine qua non' kann dazu nichts beitragen, sondern nur das sachkundige Urteil des Fachmanns."[46]

Twee vrae wat gevolglik streng deur die "*Formel von der gesetzmässigen Bedingung*" uitmekaargehou word, is enersyds dié

> "ob überhaupt ein auf den Einzelfall anwendbares naturwissenschaftliches Kausalgesetz existiert"

(sogenaamde "*generelle Kausalität*") en andersyds dié

> "ob der konkrete Sachverhalt auch unter dieses Kausalgesetz subsumiert werden kann"

(sogenaamde "*konkrete Kausalität*").[47]

Die feit dat die formule nie alleen 'n "*naturwissenschaftlicher Zusammenhang*" tussen handeling en gevolg vereis nie, maar handeling en gevolg boonop aan 'n "*normative Betrachtung*" onderwerp, maak dit volgens die aanhangers daarvan juis geskik om die onbevredigende resultate waartoe die *conditio sine qua non*-toets sonder meer in veral gevalle van hipotetiese oorsaaklikheid, "alternativen Konkurrenz" en kumulatiewe oorsaaklikheid lei, reg te stel.[48]

Ofskoon die aanhangers van die *conditio sine qua non*-teorie (of dit nou met die kwalifikasie van die "Formel von der gesetzmässigen Bedingung" is al dan nie) aanvaar dat dié toets (of die formule) 'n antwoord op die *oorsaaklikheidsvraag* bied, erken hulle ewe geredelik dat dit bloot die uiterste grense van strafregtelike aanspreeklikheid omlyn. Net soos die *conditio sine qua non*-toets, stel die "Formel von der gesetzmässigen Bedingung" oorsaaklikheid so wyd dat dit enersyds algeheel onvoorsienbare en onwaarskynlike oorsaaklike gebeure insluit en andersyds, vanweë die oneindige getal voorwaardes wat gelykerwys as oorsake van 'n gevolg aangemerk word, sowel teoreties as prakties op 'n *regressus ad infinitum* neerkom. Voorstanders van die *conditio sine qua non*-teorie (of die "Formel von der gesetzmässigen Bedingung") is dit om dié rede eens dat daar

46 227.

47 Rudolphi *Kommentar* 17. Sien ook Maurach en Zipf 265, wat verklaar: "Einen strafrechtlich relevanten Erfolg kann man dem Täter nur dann anlasten, wenn dieser Erfolg auf das Verhalten des Täters zurückgeht. Zwischen Handlung und Erfolg muss eine Verbindung bestehen, die nach unserem empirischen Erfahrungswissen die Handlung als Ursache für den Erfolg ausweist. Die strafrechtliche Kausalitätsermittlung hat damit eine naturgesetzliche Basis, die die Kenntnis der Bewirkungsvorgänge zwischen der Handlung und dem Erfolg voraussetzt ... Diese Ermittlung der Ursächlichkeit beinhaltet zwei Aspekte, die Kenntnis der Ursachenzusammenhänge (Naturgesetze) als solche und die Überprüfung des konkreten geschehensablaufes an Hand dieses abstrakten Kausalitätswissens"; Engish *Kausalität* 21–28.

48 Schönke Schröder en Lenckner 149–150; Lackner 44; Rudolphi *Kommentar* 16; Heimann-Trosien 56; Jescheck 227–228; Geilen *Strafrecht* 51; Engisch *Kausalität* 21–28.

die een of ander *korrektief* op die *draagwydte* van hierdie toets(e) gestel behoort te word.[49] In dié verband verklaar Maurach en Zipf dat

> "mit der Conditio-Formel niemals der Kausalzusammenhang als solcher ermittelt werden kann; vielmehr setzt die Anwendung der Conditio-sine-qua-non-Formel immer schon das abstrakte und konkrete Kausalwissen voraus. Aber ihre selbständige Bedeutung liegt eben darin, dass sie *alle* ursächlichen Faktoren für die Strafhaftung als *gleichwertig* betrachtet. Damit bewirkt sie selbst keine Haftungsbegrenzung unter normativen Gesichtspunkten, sondern die umfassende Zulassung aller in empirischer Hinsicht ursächlichen Faktoren. Die Haftungsbegrenzung kann daher erst in der nächsten Stufe geleistet werden."[50]

Oor die maatstaf vir aanspreeklikheidsbeperking en waarin dit gesoek moet word, is die menings egter uiteenlopend.

Korrektiewe op die draagwydte en tekortkominge van die *conditio sine qua non*-toets (of die "Formel von der gesetzmässigen Bedingung") is in die breë in twee rigtings gesoek. Eerstens *binne die raamwerk van oorsaaklikheid self* in die rigting van die *enger oorsaaklikheidsteorieë* en tweedens in die rigting van *aanspreeklikheidsbeperkende maatstawwe buite die raamwerk van oorsaaklikheid.* Vir sover dit eersgenoemde aangaan, is daar die oorsaaklikheidsbeperkende teorieë van indiwidualisering en adekwasie.

## 2 2 Indiwidualisering[51]

Hierdie teorieë neem die *conditio sine qua non*-toets as uitgangspunt, maar korrigeer die werking daarvan deur slegs sekere voorwaardes as juridiese oorsake

49 Schönke Schröder en Lenckner 153; Rudolphi *Kommentar* 20–21, wat van die "uferlose Weite der Bedingungstheorie" praat (20); Preisendanz 14–15; Heimann-Trosien 56; Jescheck 224 225 227, wat verklaar: "Die Bedingungstheorie führt, indem sie auf die empirische Gesetzmässigkeit des Ursachenzusammenhangs abstellt, theoretisch ins Unendliche" (228); Maurach en Zipf 267; Baumann *Strafrecht* 226 227–228, wat verklaar: "auch 'Adam und Eva' stehen in der Kausalkette" (228); *Grundbegriffe* 60; Eser 59; Geilen *Strafrecht* 51–52; Stratenwerth *Strafrecht* 83; Bockelmann 65; Schmidhäuser 226–227; Krause en Thoma 48; Otto *Grundkurs* 78–79; Samson *Strafrecht* 17–18; *Kausalverläufe* 23–26 86–93; Welzel *Strafrecht* 45; Sauer *Strafrechtslehre* 79–82; Mezger *Strafrecht* 116–117; Von Hippel *Strafrecht* 143 149; Merkel 128–132; Kahrs 1–16 19–27 267; Mayer ME 38–47; Engisch *Kausalität* 34–40; Traeger *Kausalbegriff* 38 40–42 73–76; *Wille* 84–85, wat verklaar: "Jede Ursache weist zurück auf immer weiter zurückliegende Ursachen und endigt in und mit Unbekannten" (84); Von Bar *Causalzusammenhange* 8–15; *Gesetz* 196–197; Honig *Frank Festgabe* 194–197; Hall *Grünhut Erinnerungsgabe* 217–218; Spendel *Engisch Festschrift* 523–527, wat aanvaar dat die *conditio sine qua non*-formule onder bepaalde omstandighede 'n strafversagtingsgrond kan uitmaak en in dié verband verklaar: "Die Formel der cond.s.q.n. in einer bestimmten Fassung typisiert somit einen *rational nachprüfbaren, realen Strafmilderungsgrund.* Die mehr oder minder grosse Distanz zwischen Erreichtem und Verhütetem liefert ein objektiv fassbares Kriterium, ob die Tat milder oder strenger zu ahnden ist" (526) (my kursivering); Trifftere *Bockelman Festschrift* 202–203 213–214 223; Birkmeyer 1885 *GS* 261–263 270–272; Givanovitsch 1910 *ZStrW* 574–575 579–582; Beling 1931 *JW* 188.

50 267.

51 Voorstanders van die indiwidualiserende teorieë is bv Mayer ME 26–34 48–73, met sy sg "*Generationstheorie*"; Binding *Normen* 1 116–117, met sy sg "*Übergewichtstheorie*"; Von Bar *Causalzusammenhange* 21–23, maar vgl *Gesetz* 170–177; Birkmeyer 1885 *GS* 272–280, met sy sg "*wirksamste Bedingungstheorie*"; Luther 1889 *ZStrW* 213–249, wat in bepaalde gevalle vereis

te erken. 'n Blote voorwaarde word nie as voldoende vir oorsaaklikheid beskou nie. Alleen indien 'n handeling die *laaste veranderende voorwaarde*, of die *mees werksame voorwaarde*, of *kwalitatief beslissende voorwaarde* of *regtens wesenlike voorwaarde*, of *'n sosiaal beduidende voorwaarde*, of 'n *deurslaggewende voorwaarde*, of *oorwegende voorwaarde* ensovoorts is, word dit as die oorsaak van 'n gevolg beskou. Vir die doeleindes van oorsaaklikheid word hier dus 'n *kwalitatiewe* onderskeid tussen verskillende voorwaardes vir 'n gevolg gemaak Anders as in die geval van die *conditio sine qua non*-toets, vind daar by die indiwidualiserende toetse vir oorsaaklikheid 'n differensiasie van voorwaardes al na gelang van die feite van elke besondere saak plaas.

Besware wat teen die indiwidualiserende oorsaaklikheidsteorieë geopper is, lui dat die maatstawwe wat aangewend word, arbitrêr is en op toevallighede berus, asook dat dit strydig met die voorskrifte van gesonde verstand en gevolglik nie prakties werkbaar is nie. Voorbeelde waarmee die onhoudbaarheid van hierdie teorieë aangetoon word, is dié waarin een persoon aan 'n ander persoon 'n vuurwapen verskaf met die opdrag dat hy die slagoffer daarmee moet doodskiet, of dié waarin twee persone saam besluit om die slagoffer om die lewe te bring en die een persoon dan die gif verkry, sodat die ander persoon dit aan die slagoffer kan toedien. Dat albei die persone in beide hierdie gevalle die dood van die slagoffer veroorsaak het, word vrywel algemeen aanvaar. Om in hierdie gevalle slegs een van die voorwaardes vir die dood van die slagoffer as oorsaak daarvan aan te wys, sou tot absurde resultate lei. Die strafreg verleen dan ook erkenning aan die beginsel van *medeveroorsaking*, wat veronderstel dat daar juis nie net een oorsaak van 'n gevolg hoef te wees nie. Om die genoemde redes is die indiwidualiserende oorsaaklikheidsteorieë al gou verwerp en geniet dit tans geen aanhang meer nie.[52]

dat die gewraakte handeling 'n onmiddellike oorsaak vir die ingetrede gevolg moet wees; Kohler "Über den Kausalbegriff" 1905 *GA* 327 337, wat 'n kwalitatiewe onderskeid tussen die voorwaardes vir 'n gevolg tref; Givanovitch 1910 *ZStrW* 574–579, wat 'n onderskeid tussen voorwaardes en oorsake tref al na gelang die feitestelle waaroor beslis moet word, verskil.

52 Schönke Schröder en Lenckner 155; Heimann-Trosien 57–58; Kohlrausch en Lange 5–6; Maurach en Zipf 261–262; Baumann *Strafrecht* 237–238; *Grundbegriffe* 61; Geilen *Strafrecht* 56; Schmidhäuser 224 226, wat verklaar: "Da ... für die Kausalkette feststeht, das keine Kette stärker ist als ihr schwächstes Glied, und da die unscheinbarste Einwirkung eben auch für einen Erfolg ausschlaggebend sein kann, ist es nicht verwunderlich, dass die individualisierenden Kausaltheorien von der Aquivalenztheorie verdrängt wurden, die die Gleichwertigkeit aller Bedingungen betont" (224); Welzel *Strafrecht* 47; Mayer H 70–71, wat verklaar: "Die individualisierenden Theorien sind in Wahrheit gar keine echten 'kausal'-theorien ... Die 'Individualisierung' wil nur den Kausalwert der verschiedenen Bedingungen juristisch verschieden bewerten" (71); Sauer *Strafrechtslehre* 83; Wegner 96–98; Mezger *Strafrecht* 127–128; Von Liszt en Schmidt 167–168; Von Hippel *Lehrbuch* 99; *Strafrecht* 150–152; Merkel 124–127; Samson *Kausalverläufe* 16–17; Mayer ME 26–34 48–73, wat verklaar: "nur der Causalzusammenhang zwischen zwei bestimmten Ereignissen, also zwischen zwei festen Punkten der Reihe, ist Gegenstand des Strafrechts" (38), en waarvolgens 'n voorwaarde saam met 'n oorsaak die gevolg op een van drie wyses, t w *oorsaaklik* (d w s die voorwaarde stel 'n oorsaak daar), *teologies* (d w s die voorwaarde maak van die oorsaak as krag gebruik om sy doel te bereik) of *potensieel* (d w s die voorwaarde het die aanleg uit hoofde waarvan die oorsaak die gevolg bewerkstellig) moet genereer, wat beteken dat beide die gevolg en die oorsaak oorsaaklik met die voorwaarde verbind

## 2 3 Adekwasie[53]

Die grondlegger van hierdie teorie was ene Von Kries,[54] 'n medikus en fisioloog. Adekwasie word gangbaar as 'n oorsaaklikheidstoets behandel, alhoewel dit soms ook as 'n aanspreeklikheidsbeperkende maatstaf[55] gesien word. Net soos in die geval van die indiwidualiserende teorieë, word die *conditio sine qua non*-toets hier as basis gebruik, met 'n verdere juridiese kwalifisering daarvan. Daarvolgens is elke voorwaarde

> "die nach allgemeiner Lebenserfahrung, also generell, zur Herbeiführung des Erfolges geeignet ist"

of

moet wees (61–85 93–107); Engisch *Kausalität* 38; Traeger *Kausalbegriff* 80–115; *Wille* 76–84; Binding *Normen* I 116–118, wat verklaar: "Verursachung einer Veränderung ist desshalb identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts zweischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zu Gunsten der Letzteren. Ursache sind die positiven Bedingungen in ihrem *Uebergewicht* über die negativen" (my kursivering); Von Bar *Causalzusammenhange* 21–23, maar vgl *Gesetz* 170–177, waarin hy die indiwidualiserende teorieë verwerp (192–193); Honig *Frank Festgabe* 177–178; Birkmeyer 1885 *GS* 272–280, wat verklaar: "Ursache im Sinn des Strafrechts muss diejenige unter den Bedingungen des Erfolges sein, welche *mehr* als die übrigen Bedingungen zur Hervorbringung des Erfolges beigetragen hat" (272), nl die "*wirksamste Bedingung*" (273) (my kursivering); Luther 1889 *ZStrW* 213–249; Kohler 1905 *GA* 337; Givanovitch 1910 *ZStrW* 574–579; Spendel 1949 *SJZ* 133; Schlüchter 1976 *JuS* 313.

53 Aanhangers van die adekwasieteorie is bv Maurach en Zipf 253; Bockelmann 66–69; Welzel *Strafrecht* 46–47, by nalatigheidsmisdade; Sauer *Strafrechtslehre* 79–82 84–87; Von Hippel *Lehrbuch* 96–99; *Strafrecht* 143–149; Merkel 121–124; Engisch *Kausalität* 41–74; 1948 *SJZ* 209 210; 1951 *JZ* 787–788; Traeger *Kausalbegriff* 115–188; Von Bar *Causalzusammenhange* 11 18–22 30–53; *Gesetz* 178–181 192–205; Bohne 1929 *JW* 2749–2750; Maurach 1960 *GA* 97–104; Wolter "Adäquanz-und Relevanztheorie Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt" 1977 *GA* 257–274.

54 "Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung" 1889 *ZStrW* 528–537, wat verklaar: "Die Bedingung für die strafrechtliche Zurechnung kan also kurz etwa dahin angegeben werden, dass der verletzende Erfolg demjenigen zuzurechnen ist, der ihn durch ein rechtswidriges (schuldhaftes) Verhalten *adäquat* verursacht hat" (533), en waarvolgens die vraag dus is "ob eine Handlung *generell zu der Hervorbringung gewisser Erfolge geeignet sei*" (535) (my kursivering).

55 Sien Jescheck 229, wat verklaar: "Die Adäquanztheorie wurde ursprünglich als echte Kausalitätstheorie verstanden und nicht bloss als eine Lehre von der objektiven Zurechnung im Rahmen des nach der Bedingungstheorie abgegrenzten Ursachenzusammenhangs. Doch beruht das auf einem falschen Begriff der Kausalität"; Rudolphi *Kommentar* 20–21; Wessels *Strafrecht* 37; Mayer H 71, wat verklaar: "Überhaupt kann die Adäquitätstheorie nicht als eine Lehre von der Kausalität, sondern nur als eine Lehre von der relevanten bzw. irrelevanten Kausalität angesehen werden. Sie lässt sich also innerhalb einer Kausalitätslehre weder vom Gesetz her noch aus dogmatischen Überlegungen rechtfertigen"; Roxin "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht" *Honig Festschrift* 133 136; Triffterer *Bockelmann Festschrift* 213; Welzel 1931 *ZStrW* 720, wat verklaar dat "nicht der kausale Zusammenhang, sondern der auf der Gesetzlichkeit der Intentionalität beruhende teleologische Zusammenhang zwischen Erfolg und Subjekt die gegenständliche Seinsgrundlage möglichst strafrechtlicher Wertungen ist. Hier, in der Aufzeigung einer neuen spezifischen Determinationsform des realen Geschehens finden auch die Bemühungen der adäquaten Theorie ihre logische Rechtfertigung, allerdings nicht, soweit sie Kausaltheorie, sondern soweit sie eine verkappte teleologische Theorie ist"; Wolter 1977 *GA* 257 vn 1.

"die objektive Möglichkeit des Erfolges in nicht unerheblicher Weise erhöht hat"

oorsaak van daardie gevolg. Om as oorsaak aangemerk te word, moet dit met 'n aan sekerheid grensende waarskynlikheid vasstaan dat die gewraakte handeling die ingetrede gevolg bewerkstellig het. Word die gevolg dus na die handeling van die beskuldigde deur 'n *atipiese oorsaaklike verloop* in die sin van onvoorsienbare, onwaarskynlike, onberekenbare of onbeheerbare oorsaaklike gebeure teweeggebring, ontbreek adekwasie en derhalwe 'n oorsaaklike verband tussen sy handeling en daardie gevolg. Slegs adekwate voorwaardes kwalifiseer as oorsake van 'n gevolg en hier word dus, net soos by die indiwidualiserende oorsaaklikheidsteorieë, die behoefte gevoel om tussen voorwaarde en oorsaak te onderskei. Die adekwasieteorie verskil egter van die indiwidualiserende teorieë daarin dat dit met 'n algemene objektiewe waarskynlikheidsmaatstaf te werk gaan en nie met gedifferensieerde maatstawwe, al na gelang die feitestelle waaroor beslis moet word nie.

Om te bepaal of 'n voorwaarde as 'n adekwate oorsaak van 'n gevolg bestempel kan word, word die sogenaamde "*objektiv nachträgliche Prognose*" ingespan. Daarvolgens moet die vraag of die gevolg vir die beskuldigde voorsienbaar was, beoordeel word aan die hand van die kennis van die *objektiewe buitestaander na die daad.* Die werklike konkrete oorsaaklike verloop word hier dus vergelyk met die verwagte verstandige oordeel daaroor. Dit beteken egter nie dat die kennis van die beskuldigde hoegenaamd geen rol speel by die bepaling van wat in die gegewe omstandighede voorsienbaar was nie, maar net dat die objektiewe buitestaander toegerus met die kennis van die beskuldigde, en nie die beskuldigde self nie, die maatstaf is. Beskik die beskuldigde dus in die gegewe omstandighede oor buitengewone kennis, sal sy optrede in die lig daarvan beoordeel word. In dié verband laat Rudolphi hom soos volg uit:

> "Der Richter hat sich in den Zeitpunkt der Handlung zurückzuversetzen und zu fragen, ob nach dem Erfahrungswissen der Zeit auf Grund der dem Täter bekannten und einem einsichtigen Menschen erkennbaren Umstände der zum Erfolgseintritt führende konkrete Kausalverlauf mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit zu erwarten war oder nicht."[56]

Anders as *conditio sine qua non*, wat 'n objektiewe diagnostiese oorsaaklikheidstoets uitmaak, stel adekwasie dus 'n objektiewe prognostiese oorsaaklikheidstoets daar. Volgens die voorstanders van die adekwasieteorie, is die kenmerkendste voordele daarvan dat dit aangetoon het dat die *conditio sine qua non*-toets nie 'n genoegsame beperking van strafregtelike aanspreeklikheid inhou nie; dat aanspreeklikheid vir atipiese oorsaaklike gebeure, anders as in die geval van die *conditio sine qua non*-teorie, nie opgedoen kan word nie; dat dit die moontlikheid en waarskynlikheid van oorsaaklike gebeure vaspen, al is dit dan net die uiterste grense daarvan, en ten slotte dat dit aanspreeklikheid beperk volgens die mens se vermoë om oorsaaklike gebeure te beheer of te stuur en nie aan die hand van toeval nie.

56 *Kommentar* 21.

Die adekwasieteorie het egter ook heelwat kritiek ontlok, waarvan sommige punte met ander ooreenval. Onder meer: Eerstens dat dit die wye strekking van die *conditio sine qua non*-teorie juridies arbitrêr begrens aan die hand van willekeurige en onsekere maatstawwe; tweedens dat dit 'n buitengewone oorsaaklike verloop reduseer tot geen oorsaaklike verloop nie; derdens dat dit die oorsaaklikheidsvraag met die aanspreeklikheidsvraag verwar; vierdens dat dit geen egte oorsaaklikheidsteorie is nie, omdat dit oorsaaklikheid inderdaad begrens met maatstawwe wat onder skuld en wederregtelikheid tuishoort; vyfdens dat dit oorsaaklikheid met skuld vereenselwig; sesdens dat dit oorbodig in die strafreg is, aangesien skuld, anders as in die privaatreg waar die teorie nog heelwat aanhang geniet, deurgaans 'n vereiste vir strafregtelike aanspreeklikheid is;[57] sewende dat die "objektiv nachträgliche Prognose" 'n onbetroubare maatstaf is, omdat dit geen aanduiding gee van die hoeveelheid kennis waaroor die objektiewe buitestaander moet beskik nie; agstens dat kennis na die daad kragtens die "objektiv nachträgliche Prognose" nie beslissend kan wees vir die vraag of die gewraakte handeling tydens die pleging daarvan verbied of geoorloof was nie; negende dat dit net so wyd as die *conditio sine qua non*-toets kan strek waar 'n voorwaarde vir 'n gevolg as 'n faktor wat geneig is om tot daardie gevolg te lei, beskou word; tiende dat dit in der waarheid op objektiewe toerekening[58] binne die raamwerk van oorsaaklikheid neerkom; elfde dat objektief onvoorsienbare gevolge nie deur adekwasie buite die raamwerk van algemene lewenservaring geplaas word nie, aangesien dit juis algemene lewenservaring is wat leer dat oorsaaklike gebeure atipies kan verloop; twaalfdens dat dit tot ongewenste resultate in gevalle van sogenaamde risikovermindering[59] lei, omdat voldoening aan adekwasie in sodanige gevalle tot gevolgstoerekening kan lei; dertiende dat dit nie in die posisie is om tussen regtens relevante en regtens irrelevante ingevaarstellings te onderskei nie, omdat dit die gevaarlikheid of risiko verbonde aan bepaalde optrede bloot aan die hand van algemene lewenservaring meet; veertiende dat dit nie daarin geslaag het om die maatstawwe vir objektiewe toerekening werklik omvattend te omskryf nie en ten slotte dat dit nog steeds aanspreeklikheid te wyd stel.[60]

57 Ingevolge par 18 van die Duitse *StGB*. Vgl egter Maurach en Zipf 259–260 263, waarvolgens skuld nie as beperking op oorsaaklikheid dien by die sg "*unechten Erfolgsqualifikationen*" by die misdade deelneming aan 'n bakleiery ingevolge par 227 van die Duitse *StGB* en "*Fahrlässige Gemeinegefährdung*" ingevolge par 326 van die Duitse *StGB* nie. Dieselfde geld in die geval waar die beskuldigde met die opset om die slagoffer te dood, laasgenoemde slegs 'n geringe besering toedien, maar hy nietemin op pad hospitaal toe in 'n verkeersongeluk omkom.

58 Sien hieronder.

59 Sien hieronder.

60 Schönke Schröder en Lenckner 154 155; Dreher en Tröndle 10; Lackner 42; Rudolphi *Kommentar* 21; "Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre" 1969 *JuS* 549 550–552; Heimann-Trosien 56–57; Kohlrausch en Lange 5; Jescheck 229 230; Maurach en Zipf 262–265 267–268; Baumann *Strafrecht* 235–237, waarvolgens daar benewens die "objektiv nachträgliche Prognose" drie ander moontlike maatstawwe bestaan, t w dié van die *objektiewe buitestaander voor die daad* (die sg "*objektiv ursprüngliche Prognose*"), dié van die *beskuldigde self na die daad* (die sg "*subjektiv nachträgliche Prognose*") en dié van die *beskuldigde self voor die daad* (die sg "*subjektiv ursprüngliche Prognose*"), maar waarvolgens

Die kritiek op die indiwidualiserende en adekwasieteorieë van veroorsaking het tot gevolg gehad dat beperkings op die draagwydte van die *conditio sine qua non*-toets (of die "Formel von der gesetzmässigen Bedingung") buite die raamwerk van oorsaaklikheid en binne die raamwerk van aanspreeklikheid gesoek is. Daar word van die standpunt uitgegaan dat die oorsaaklikheidsvraag met behulp van die *conditio sine qua non*-toets (of die "Formel von der gesetzmässigen Bedingung") opgelos kan word, maar dat daarmee nog geen uitsluitsel oor die vraag gegee is of die betrokke beskuldigde *aanspreeklikheid* vir 'n bepaalde gevolg behoort op te doen nie. In dié trant verklaar Henkel:

> "[Die] Bedingungsverhältnis zwischen Verhalten und Erfolg ist bei den sog. 'kausalen' Tatbeständen *Voraussetzung* der Haftung; seine Verneinung schliesst die Haftungsfrage van vornherein aus, seine Bejahung eröffnet nicht mehr als die *Möglichkeit* der Haftung, ohne jedoch über diese bereits zu entschieden."[61]

*(Word vervolg)*

laasgenoemde twee maatstawwe op 'n verwaterde skuldtoets in die sin van voorsienbaarheid uitloop (236–237); *Grundbegriffe* 60–61; 1962 *JZ* 46–47; Blei 79–80; Eser 59–60; Geilen *Strafrecht* 56; *Welzel Festschrift* 678–680; Stratenwerth *Strafrecht* 83–85; Wessels *Strafrecht* 37; Bockelmann 66–69; Schmidhäuser 225 227; Krause en Thoma 48–49; Samson *Strafrecht* 17–18; *Kausalverläufe* 16–17; Laube en Wiefels 31; Welzel *Strafrecht* 46–47; 1931 *ZStrW* 706; Mayer H 71–72; Dalcke Fuhrmann en Schäfer 269–270; Sauer *Strafrechtslehre* 79–82 84–87; *Frank Festgabe* 210–212; Wegner 96–101; Mezger *Strafrecht* 117–122 128–129; Von Hinüber 27; Von Liszt en Schmidt 163–164 168–169; Von Hippel *Lehrbuch* 96–99; *Strafrecht* 143–149 150 152; Merkel 121–124; Makarewicz 44–47; Mayer ME 19–21 134–147; Engisch *Kausalität* 41–74; 1948 *SJZ* 209 210; 1951 *JZ* 787; Traeger *Kausalbegriff* 115–188; Binding *Normen* II 480 vn 21; Von Bar *Causalzusammenhange* 11; *Gesetz* 181–192; Honig *Frank Festgabe* 174 178 185–187; Oehler "Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit" *Schmidt Festschrift* 232 233–236; Hall *Grünhut Erinneringsgabe* 216–217 218 227; Triffterer *Bockelmann Festschrift* 213; Kohler 1905 *GA* 333 334; Köhler 1927 *JW* 2805; Bohne 1929 *JW* 2749–2750; Peschke 1931 *JW* 3373; Henkel 1956 *NJW* 1451–1452, waarvolgens die vraag of die betrokke gevolg uit hoofde van algemene lewenservaring voorsienbaar was, geskei moet word van die vraag of dit ook vir die beskuldigde voorsienbaar was (1451); Maurach 1960 *GA* 97–104, waarvolgens die prognostiese toets vir oorsaaklikheid in die sin van adekwasie en die diagnostiese toets vir skuld in die sin van voorsienbaarheid van mekaar onderskei moet word (101); Schlüchter 1976 *JuS* 313; Wolter 1977 *GA* 257–274, wat adekwasie "das Prinzip der objektiven Erkennbarkeit" noem; Ebert 1979 *Jura* 566.

61 1956 *NJW* 1451. Sien ook Mezger *Strafrecht* 122; Von Liszt en Schmidt 162; Hall *Grünhut Erinnerungsgabe* 222.

# Die skuldvereiste by statutêre misdade

M Schutte
*BA LLB*
*Departement van Justisie*

**SUMMARY**

**Fault as a Requirement for Statutory Offences**

In order to ascertain whether the legislature intended a statutory prohibition or injunction to bring about strict responsibility, certain considerations are taken into account, to wit the context of the prohibition or injunction, the scope and object of the statute, the nature and extent of the penalty, the ease with which the prohibition or injunction can be evaded if absence of fault could be relied on, and the reasonableness of a decision going either one way or the other. These considerations are also taken into account when the courts attempt to discover the intention of the legislature with regard to the form of fault required in a particular enactment.

The application of the aforementioned considerations by the courts is scrutinised and their deficiencies are brought to light. It is suggested that, in order not to be compelled to use the considerations, the legislature should in future speak its mind by using such words as "intentionally" and "negligently." When strict responsibility is intended, it should be stated explicitly.

## 1 INLEIDING

Wanneer 'n statutêre strafbepaling deur ons howe in oënskou geneem word om te bepaal of die wetgewer nie dalk bedoel het om skuldlose aanspreeklikheid daar te stel nie, word die vermoede *actus non facit reum nisi mens sit rea* (die handeling is geen misdaad nie tensy die dader van die wederregtelikheid bewus was) as uitgangspunt geneem.[1]

Daar word dan aan die hand van sekere geykte oorwegings oortuigende aanduidings[2] gesoek om te bepaal of die wetgewer skuldlose aanspreeklikheid beoog het. Hierdie oorwegings word in *S v Arenstein*[3] gelys as:

> "the language or the context of the prohibition or injunction, the scope and object of the statute, the nature and extent of the penalty, and the ease with which the prohibition or injunction could be evaded if reliance could be placed on the absence of *mens rea*."

Hierdie oorwegings speel ook 'n rol wanneer daar vasgestel moet word watter skuldvorm die wetgewer as vereiste in gedagte gehad het in 'n geval waar dit vasstaan dat skuldlose aanspreeklikheid nie beoog is nie. Die uitgangspunt is ge-

1 *R v Tsotsi* 1956 2 SA 782 (A); *S v Arenstein* 1964 1 SA 361 (A) 365; *S v Qumbella* 1966 4 SA 356 (A) 364; *S v Arenstein* 1967 3 SA 366 (A) 381; *S v Oberholzer* 1971 4 SA 602 (A) 610; *S v De Blom* 1977 3 SA 513 (A) 532; *S v Gampel Brothers & Barnett (Pty) Ltd* 1978 3 SA 772 (A) 783; *S v Ngwenya* 1979 2 SA 96 (A) 99.

2 *S v Duma* 1970 1 SA 70 (N) 72; *S v Van Staden* 1976 2 SA 685 (N) 693; *S v WC en MJ Botha (Edms) Bpk* 1977 4 SA 38 (T) 41.

3 (1964) *supra* 365.

woonlik dat *dolus* die normale skuldvorm is, maar die bedoeling van die wetgewer kan wees om aanspreeklikheid uit te brei deur ook *culpa* as voldoende te beskou, welke bedoeling aan die hand van die reeds genoemde oorwegings gepeil kan word.[4]

## 2 HERKOMS VAN DIE OORWEGINGS

In 1920 word *R v Wallendorf*[5] gerapporteer waarin die hof hom uitspreek oor die metode wat aangewend moet word om vas te stel of skuld 'n element van die betrokke oortreding was. Ná verwysing na verskeie Engelse beslissings, kom die hof tot die gevolgtrekking dat daar geen algemene reël is wat kan dien as middel om vas te stel of dit die bedoeling van die wetgewer was om skuldlose aanspreeklikheid daar te stel nie. Die hof konstateer:

> "[I]t is for the court to determine, upon other considerations, whether or not a guilty mind is necessary to constitute the offence created by statute."[6]

*R v H*[7] haal in 1944 die hofverslae. *Wallendorf* se "other considerations" word in hierdie saak saamgevat in dieselfde woorde as in *Arenstein*,[8] behalwe dat "language" nie spesifiek as oorweging genoem word nie. Hiermee was die "oorwegings" se plekkie in die Suid-Afrikaanse regspraak verseker.

## 3 DIE BEWOORDING VAN 'N STRAFBEPALING

Die bewoording van 'n bepaling is die logiese beginpunt om te bepaal of dit nie dalk skuld as element uitsluit nie. Waar skuld uitdruklik vereis of nie word nie: *cadit quaestio*. Die probleem lê by daardie gevalle waar die wetgewer neutrale woorde gebruik.[9] Dit is dan wanneer daar geheel en al teruggeval word op *Wallendorf*[10] se "other considerations." Eweneens word dit van hierdie oorwegings verwag om die wa deur die drif te kry waar die skuldvorm nie uitdruklik genoem is nie.

## 4 KONTEKS

### 4 1 By die vasstelling of aanspreeklikheid skuldloos is

Dit is interessant dat die konteks as 'n hulpmiddel om die wetgewer se bedoeling vas te stel oor die algemeen stief behandel word. Sekere handboekskrywers sien "konteks" eenvouding oor die hoof.[11] Soms word "konteks" wel genoem, maar

4 Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* bd 1 (1970) 168; Milton en Fuller *South African Criminal Law and Procedure* bd 2 (1971) 45; *De Blom supra*; *Gampel Brothers supra*; *S v Du Toit* 1981 2 SA 33 (K).

5 1920 AD 383.

6 397.

7 1944 AD 121.

8 hierbo aangehaal.

9 Milton en Fuller 29.

10 *supra*.

11 Milton en Fuller 28 ev; De Wet en Swanepoel *Strafreg* 3e uitg (1975) 101.

dan word nie verder daaraan aandag gegee nie.[12] Die regspraak verklaar dikwels sonder meer dat die konteks geen aanduiding inhou wat die vermoede weerlê dat die wetgewer nie skuldlose handelinge strafbaar wou stel nie,[13] of kortliks dat die konteks nie help nie.[14]

Voorgaande laat die indruk ontstaan dat die konteks van 'n bepaling geen (of weinig) waarde het nie. Tog het die howe dit al nuttig gevind om tot 'n besluit te kom deur na ander bepalings in 'n wet te kyk. Waar 'n artikel 'n groot aantal misdrywe skep en dit duidelik uit die bewoording blyk dat *dolus* vereis word, is dit as hoogs onwaarskynlik beskou dat sommiges, wat nie uitdruklik *dolus* aandui nie, skuldloos sal wees.[15] Die argument is daarenteen geopper dat waar 'n artikel in 'n wet deur die gebruik van die woord "wilfully," spesifiek *dolus* vereis, skuld nie 'n vereiste is waar geen sodanige woord in 'n verwante artikel voorkom nie.[16] Die hof gee nie gehoor aan die argument nie omrede die onderskeid dan sou lê tussen *dolus* en *culpa* en nie tussen *dolus* en geen skuld nie. Die uitgangspunt is dus tog by implikasie goedgekeur. Laasgenoemde argument (alhoewel verkieslik) is reëlreg in stryd met die houding dat as sekere artikels skuld vereis, dit onwaarskynlik is dat ander nie ook skuld sal vereis nie.

'n Voorbehoudsbepaling wat 'n verweer aan 'n beskuldigde verskaf as hy bedrieg sou gewees het, is in 1957 gebruik as faktor om 'n strafbepaling as skuldloos aan te merk.[17] 'n Voorbehoudsbepaling wat 'n persoon kwytskeld van sekere onaangename gevolge indien hy 'n redelike verskoning het, is in 1976 gebruik om die standpunt dat dit onwaarskynlik is dat 'n strafbepaling skuldlose aanspreeklikheid beoog, te steun.[18] In eersgenoemde geval is die redenasie waarskynlik dat die wetgewer, deur bedrog uit te sonder, alle ander verwere wou uitsluit ten opsigte van skuld. Indien 'n mens in laasgenoemde geval ook wou redeneer dat die wetgewer deur 'n redelike verskoning daar te stel, welke verskoning in sekere omstandighede skuld uitsluit, 'n aanduiding gee dat alle ander verwere wat skuld uitsluit nie tot die beskikking van die beskuldigde is nie, sou 'n onredelike verskoning nie deur 'n beskuldigde opgewerp kan word nie. Indien veronderstel word dat *dolus* die vereiste skuldvorm is, kan 'n onredelike verskoning wat wel geloofwaardig is, skuld uitsluit. Die effek daarvan om so te redeneer sal wees dat beskuldigde A wat geen *dolus* het weens 'n redelike verskoning nie, vry uitgaan, terwyl beskuldigde B, wat geen *dolus* het nie weens 'n onredelike verskoning, aan die pen ry.

Tog word die woorde "redelike verskoning" gebruik as 'n aanduiding dat skuld vereis word met die gevolg dat 'n verskoning wat nie redelik is nie, maar wel geloofwaardig, ook opgewerp kan word. Waar die artikel in die 1957- geval

12 *WC en MJ Botha supra* 42.
13 *Arenstein* (1964) *supra* 365; *Arenstein* (1967) *supra* 381; *S v Mathebula* 1972 1 SA 495 (T) 497; *S v Willemse* 1975 1 SA 84 (K) 90.
14 *S v Pretorius* 1964 1 SA 735 (K) 739; *S v Henwood* 1971 4 SA 383 (R).
15 *S v Moeng* 1977 3 SA 986 (O) 990.
16 *Gampel Brothers supra* 785.
17 *R v V* 1957 3 SA 633 (O).
18 *Van Staden supra* 693.

ten opsigte van skuld as element deur 'n ander artikel beperk word, word dit in die 1976- geval deur 'n vergelykbare artikel uitgebrei.

'n Verdere interessante aspek is dat *Wallendorf*[19] nie die konteks van 'n bepaling as 'n oorweging by name noem nie, maar dat *H*[20] dit wel noem as 'n oorweging deur *Wallendorf* in gedagte gehou. Dit is waarskynlik weens die paragraaf in *Wallendorf*[21] waar die hof die bewoording van ander artikels van die betrokke wet vergelyk met die artikel onder bespreking om te bepaal of skuld uitgesluit is. *H*[22] verwys dan ook na die bewoording van ander artikels in die betrokke wet.

Wat die howe dus normaalweg in gedagte het wanneer gesê word dat die bedoeling van die wetgewer onder andere in die konteks van 'n bepaling gevind kan word, is dat daar op die bewoording van ander bepalings van die betrokke wet gelet moet word om te kan aflei of die wetgewer deur 'n woord weg te laat in 'n strafbepaling,[23] of deur 'n sekere woord te gebruik in 'n relevante bepaling, te kenne wil gee dat skuld uitgesluit is al dan nie.

## 4 2 By 'n soeke na die skuldvorm

'n Benadering wat die howe toepas, gewoonlik wanneer hulle na die bewoording van 'n bepaling kyk, is om daarop te let dat 'n subartikel onder bespreking nie gekwalifiseer is deur woorde soos "knowingly" of "opsetlik" nie, terwyl dit wel in 'n mede-subartikel die geval is.

In *Oberholzer*[24] sê die hof dat dit onvermydelik tot die gevolgtrekking lei dat opset nie vir die onderhawige subartikel nodig is nie. In *S v Fernandes*[25] sê die hof dat hierdie weglating dit onwaarskynlik maak dat die wetgewer opset vereis het vir die onderhawige subartikel — die bewoording is 'n aanduiding, maar nie finaal nie. 'n Klemverskil dus, maar die idee is dieselfde. *Oberholzer* kyk egter voorts na die doel van die wet om sy afleiding te regverdig.

In *S v Wood*[26] kyk die hof na 'n ander misdryf in die betrokke wet waarvoor nalatigheid die vereiste skuldvorm is. Genoemde misdryf se straf is hoër as dié van die betrokke bepaling. Die onreëlmatigheid wat sal ontstaan om vir 'n geringer misdryf opset te vereis, terwyl opset nie 'n element van die ernstiger misdryf is nie, word as aanduidend beskou daarvan dat *culpa* die vereiste skuldvorm is.

In *Van Staden*[27] word die feit dat die wet nie vereis dat 'n beskuldigde in ken-

19 *supra*.
20 *supra* 126.
21 *supra* 400–401.
22 *supra* 126.
23 Sien egter *S v Wandrag* 1970 3 SA 151 (O) waar sommige misdrywe duidelike aanduidings van skuld bevat en ander nie, maar die hof dit slegs noem en geen verdere afleidings daaruit maak nie.
24 *supra* 611.
25 1974 2 SA 627 (RAD) 630.
26 1971 1 SA 494 (RAD) 495.
27 *supra* 694.

nis gestel moes gewees het van sekere feite nie, as 'n aanduiding beskou dat die wet sorg en omsigtigheid van 'n beskuldigde vereis en dat *culpa* dus voldoende is.

In *S v Naidoo*[28] word verskillende gevolgtrekkings bereik in 'n soektog na die wetgewer se bedoeling. Die baie vermoedens wat die betrokke wet skep en die verskuiwing van die bewyslas deur die wet toon, volgens regter Fannin, nie net dat die parlement drastiese stappe nodig geag het om die euwels wat die wet wil bekamp, teen te werk nie, maar ook dat die wet 'n fyn deurdagte middel daarstel om dit te bereik. Hy is van mening dat die parlement sou gesê het as dit die skuldbegrip wou uitbrei. Regter Muller daarenteen, sê dat die definisies en vermoedens deur die wet geskep 'n hoë graad van sorg en omsigtigheid verg, derhalwe is die afleiding onvermydelik (in ag genome die ander oorwegings deur die hof genoem) dat *culpa* voldoende is om aanspreeklikheid daar te stel.

### 4 3 Kritiek

Alhoewel die konteks van 'n bepaling 'n nuttige hulpmiddel blyk te wees in die soektog na die wetgewer se bedoeling, is die beswaar daarteen dat dit teenstrydige gevolgtrekkings tot gevolg kan hê.

## 5 "SCOPE"

### 5 1 By die vasstelling of aanspreeklikheid skuldloos is

Die presiese betekenis wat aan "scope" geheg moet word, ontglip mens. In *Arenstein*,[29] soos in ander sake,[30] word daar by die toepassing van die oorweging bloot gesê dat daar niks in die "scope and object" van die wet is wat aanduidend is van 'n bedoeling om skuldlose oortredings strafbaar te stel nie.

Dit val op dat "scope" en "object" normaalweg met "and" gekoppel word en saam-saam afgemaak word om geen aanduiding van skuldloosheid daar te stel nie.[31] Die vermoede dat "scope" en "object" as sinonieme gebruik word, word versterk deur sake waar gesê word dat die "object and scope" van 'n wet een en dieselfde ding is, byvoorbeeld om die verkeer te beheer en die publiek te beskerm[32] of om die openbare veiligheid te bevorder.[33]

Die afleiding dat "scope" as sinoniem vir "object" gebruik word, is haas onvermydelik in die geval waar die hof sê daar moet na die "scope and object" van die wet gekyk word, die "objects" van die wet noem en dan vervolg dat daar niks in die "objects and scope" van die wet is wat 'n bedoeling aandui dat skuld 'n vereiste is nie.[34] "Scope" word egter 'n eie betekenis gegee waar die hof sê dat die "scope" van 'n wet is om dit op soveel persone moontlik van toepassing

28 1974 4 SA 574 (N) 575 598–599.
29 *supra* 365.
30 *S v Rabson* 1972 4 SA 574 (T) 576; *S v Azels* 1974 4 SA 154 (N) 157.
31 *Arenstein* (1964) *supra* 365; *S v Ramaube* 1964 2 SA 61 (T) 65; *Azels supra* 157.
32 *Pretorius supra* 739.
33 *S v Williamson* 1972 2 SA 140 (N) 145.
34 *Mathebula supra* 497.

te maak (dus die trefwydte) en die "object" iets anders.[35] Die howe is ook geneig om "object and scope" te vertaal met "oogmerk/doel en omvang" onderskeidelik.[36] Selfs waar "scope" of "omvang" skuldlose aanspreeklikheid gesuggereer het, was dit nie voldoende (inagnemende die ander oorwegings) om die hof te oortuig dat die vermoede dat die wetgewer nie skuldloos wou straf nie, weerlê is nie.[37]

Waar De Wet en Swanepoel[38] na die strekking van 'n verbod verwys as 'n oorweging op grond waarvan 'n bepaling as skuldloos uitgelê kan word, kan dit niks anders as 'n vertaling van "scope" wees nie. Milton en Fuller[39] behandel hierdie aspek onder die opskrif: "The scope and object of the statute." Die skrywers gaan dan voort deur te sê dat die beleid van 'n wet dikwels as 'n aanduiding van skuldlose aanspreeklikheid ingespan word en dan wel by die sogenaamde openbare welsyns-misdrywe ("public welfare offences"). Uit die bespreking blyk dit dat die "scope" waaroor dit hier gaan, waarskynlik die veld deur die betrokke wetgewing gedek, of bloot net 'n sinoniem vir "object" is. Semanties is al hierdie interpretasies van die betekenis van "scope" korrek.[40]

### 5 2 By 'n soeke na die skuldvorm

"Scope" word by name nie veel genoem op hierdie terrein nie, maar kom tog voor.[41] Die feit dat die veld wat die wetgewing dek noodwendig op nalatige en opsetlike oortredings slaan omdat nalatigheid waarskynlik die meeste nadeel veroorsaak, is in ag geneem in *Wood*.[42] "Scope" in die sin van omvang of trefwydte van die wet word na verwys in *Naidoo*.[43]

## 6 DOEL (EN STREKKING)

### 6 1 By die vasstelling of aanspreeklikheid skuldloos is

Die veld gedek deur en die doel van 'n wet ("scope and object") is dikwels in die verlede gebruik as aanduidende faktore dat 'n wet skuldlose aanspreeklikheid daarstel. Die redenasie lui soos volg:

> "When statutory provisions are framed for the purpose of ensuring the welfare or health of the people, or when indeed, they relate to the very existence of the State, it requires little persuasion to come to the conclusion that the legislature contemplated that the provisions should be strictly and universally binding, regardless as to what the frame of mind of any particular citizen might be . . ."[44]

35 *Henwood supra* 390.
36 *Oberholzer supra* 611; *De Blom supra* 532.
37 *Henwood supra* 390; *S v Mdingi* 1979 1 SA 309 (A) 316.
38 101.
39 36–37.
40 Kritzinger Steyn Schoonees en Cronjé *Groot Woordeboek* 11e uitg (1972) 1402; *The Shorter Oxford English Dictionary* 3e uitg (1978) 1906.
41 *S v Bailey* 1968 3 SA 267 (N) 268; *Wood supra* 496.
42 *supra* 496.
43 *supra* 597.
44 *R v Bekker* 1941 EDL 118 119.

Dus, indien 'n wet handel oor openbare welsyn, is dit 'n aanduiding dat die wet skuldlose aanspreeklikheid daarstel. Daar word in der waarheid vooropgestel dat die wetgewer se bedoeling net een ding kan wees.

Milton en Fuller[45] wys daarop dat die Suid-Afrikaanse howe nie 'n enkele beginsel toepas om vas te stel of 'n statuut vir die openbare welsyn in die lewe geroep is of nie, en dat dit in die meeste gevalle lyk asof dit afhang van die sienswyses van spesifieke regters.

Die skrywers sê dat oortredings wat al as openbare welsynsoortredings aangemerk is,

> "range from the classic and seminal examples of food-adulteration laws; the control of sales of intoxicating liquor and weights and measures legislation to the more recent examples of price-control legislation, safety regulations, some road traffic offences, game preservation and animal disease control, the unlawful possession of firearms, to Sunday observance laws and legislation aimed at protecting female virtue, and including also more dubious examples such as shop hours legislation, offences under fencing laws, industrial conciliation legislation and motor carrier legislation."

Vervolgens 'n ondersoek na die huidige toepassing van hierdie oorwegings.

Eerstens sien die howe in dat die feit dat 'n wet in openbare belang is nie as 'n baie sterk aanduiding van skuldlose aanspreeklikheid beskou kan word nie, aangesien die meeste statutêre verbiedinge in die openbare belang is.[46]

Tweedens is die neiging om nie die blote veld gedek deur 'n wet en doel van 'n wet as 'n aanduiding van geen skuld te beskou nie, maar om verder te gaan en te kyk of die doel van die wet verydel sal word indien skuld vereis word.[47] Gevalle waar die blote aard van 'n wet as 'n faktor ten gunste van 'n uitleg van skuldlose aanspreeklikheid geïnterpreteer was, kom egter ook voor.[48]

Die feit dat die doel wat 'n wet wil bereik in ons tydsgewrig streng kontrole vereis;[49] die feit dat die doel en strekking van 'n wet die beskerming van die welsyn of gesondheid van die publiek of van die veiligheid van die staat of van die openbare sedes beoog[50] en die baie ernstige sosiale euwel wat 'n wet bestry,[51] is al as faktore genoem wat blykbaar skuldlose aanspreeklikheid aandui, sonder om te vereis dat skuld as element noodwendig die doel of strekking van die betrokke wet sal verydel.

Derdens word die doel van 'n wet soms na verwys as 'n alleenstaande faktor, dit wil sê sonder om dit aan "scope" te koppel. In sulke gevalle word die doel gewoonlik dan ook nie in 'n openbare welsynsvakkie inforseer nie. Daar word byvoorbeeld bloot gesê dat die doel is om meisies onder sestien te beskerm,[52]

45 36–37.
46 *Pretorius supra* 740; *WC en MJ Botha supra* 42.
47 *V supra* 634; *Duma supra* 73; *Ismail v Durban Corporation* 1971 2 SA 606 (N) 610; *Rabson supra* 576; *S v Poslinsky* 1979 4 SA 407 (T) 411.
48 *Henwood supra* 390–391; *Williamson supra* 195.
49 *S v Film Fun Holdings (Pty) Ltd* 1977 2 SA 377 (EDC) 384.
50 *WC en MJ Botha supra* 42.
51 *Naidoo supra* 594.
52 *V supra* 634.

of om plante te beskerm,[53] of die beheer van sekere publikasies,[54] of die beheer van handel in tweedehandse goedere,[55] of om die vertrek van persone uit die Republiek te reël.[56] "Doel" word dan as 'n aanduiding een of ander kant toe beskou sonder om na die openbare welsyn te verwys, alhoewel sommige van die voorbeelde tog in 'n openbare welsynshokkie sal pas. Die moontlikheid word sodoende geskep om "doel" as 'n oorweging in ag te neem selfs al kan dit glad nie as 'n openbare welsynsoogmerk aangemerk word nie. Waar die doel van 'n wet alleenstaande behandel word, gebeur dit egter ook dat die openbare welsyn oorweging geniet. So word byvoorbeeld gevind dat die doel van 'n artikel is om die optrede wat tot die verspreiding van vuur aanleiding gee, te verhoed en dat die artikels in die publiek se belang en veiligheid is waar potensiële skade groot is.[57]

Vierdens blyk dit dat die doel en strekking van 'n wet (as synde in die openbare belang) as 'n oorweging om die bedoeling van die wetgewer te peil om skuldlose aanspreeklikheid te wil daarstel, nie meer allerweë toegepas word nie. Alhoewel wetgewing bedoel om die veiligheid van die staat te beskerm as aanduidend van geen skuld beskou is,[58] verklaar *Arenstein*[59] dat niks in die doel van die onderhawige wet aanduidend is van 'n bedoeling om skuldlose aanspreeklikheid daar te stel nie. Tog gaan die wet oor die onderdrukking van kommunisme wat maklik gesien kan word as bedoel om die veiligheid van die staat te verseker.[60] Alhoewel wetgewing oor motorvervoer al beskou is as oortredings wat in die skuldlose aanspreeklikheidsgroep val,[61] is die neiging tans om nie in die doel van hierdie wette 'n aanduiding van skuldlose aanspreeklikheid te vind nie.[62] Hierdie benadering is waarskynlik toe te skryf aan die kentering in die houding van die howe teenoor skuldlose aanspreeklikheid.

## 6 2 By 'n soeke na die skuldvorm

Byna deur die bank word die doel van die wetgewer gesoek, dan gesê dat die doel verydel of ondermyn kan word (party voeg by: indien 'n hoë graad van omsigtigheid en sorg nie vereis word nie) indien nalatigheid nie voldoende is nie.[63]

In *Naidoo*[64] redeneer regter Muller dat die doel van die wet is om die openbare welsyn te bevorder, dat die wetgewer duidelik van die standpunt uitgegaan

53 *Rabson supra* 576.
54 *Film Fun Holdings supra* 384.
55 *Poslinsky supra* 411.
56 *S v Mdhluli* 1968 2 SA 710 (N) 711.
57 *Henwood supra* 390.
58 *WC en MJ Botha supra* 42.
59 (1964) *supra* 365.
60 Soos die hof doen op 366.
61 Milton en Fuller 37.
62 *Mathebula supra* 497; *Azels supra* 157.
63 *Arenstein* (1964) *supra* 366; *Bailey supra* 268; *Wandrag supra* 159; *Oberholzer supra* 612; *Fernandes supra* 630 (alhoewel nie in soveel woorde gestel nie); *S v Goncalves* 1974 2 SA 122 (NK) 123–124; *Willemse supra* 92; *S v Jadwat Bros (Pty) Ltd* 1977 4 SA 815 (D) 826; *Du Toit supra* 39.
64 *supra* 597–599.

het dat die openbare welsyn streng bepalings vereis, dat dit 'n faktor is wat daarop dui dat die wetgewer 'n hoë graad van sorg en omsigtigheid vereis en dat *culpa* derhalwe voldoende is. Sou die moontlike ondermyning van die doel (die openbare welsyn) indien *culpa* nie voldoende is nie, dieselfde beslissing tot gevolg gehad het?

Oor 'n vergelykbare oortreding (met dié van *Naidoo* hierbo) in *Goncalves*[65] praat die hof nie pertinent van die doel van die (-selfde) wet as bevordering van die openbare welsyn nie, maar stel die hof die doel van die wet daarop om dwelmsmokkelary uit te wis en om mense teen hulself te beskerm. Die hof sê voorts dat die leek nie weet of medisyne in die skedule tot die wet val nie en die leek is derhalwe 'n prooi vir die verkoper wat 'n mark wil skep deur hom in besit te stel van geskeduleerde medisynes, welke besit die strafbare handeling daarstel. Die hof is dan van mening dat omsigtigheid as skuldvorm 'n noodsaaklike vereiste is om hierdie tipe geval ook strafbaar te kan stel en nie net die blote besit met kennis nie. Snyman [66] lewer kritiek op hierdie beslissing en betwyfel dit of die doel van die wet verydel sal word indien *dolus* aan die kant van die beskuldigde vereis word, omrede die feitlike afleiding meesal uit die omstandighede van die saak gemaak kan word dat die beskuldigde bewus is van die inhoud van die artikel in sy besit, tensy daar spesiale omstandighede in die saak is wat daarop dui dat hy nie geweet het nie. Die kritiek is dus nie dat *Goncalves* se voorsiening van 'n verkoper wat 'n mark wil skep *via* die onagsame persoon vergesog is nie. Die redenasie blyk te wees dat daar spesiale omstandighede sal moet wees voordat 'n beskuldigde met sy weergawe sal "wegkom," gevolglik sal die doel van die wet nie verydel word nie. Die "doel van die wet" bewys hom as 'n vae begrip wat twee persone twee gemotiveerde afleidings laat maak wat op die oog af albei aanvaarbaar is, waarskynlik (indien my interpretasie korrek is) omdat die verydeling van die doel in twee onderskeibare sfere gesoek word.

## 6 3 Kritiek

Kritiek teen die benadering dat 'n wet in die openbare belang is, daarom is skuld geen element van 'n misdryf daardeur geskep nie, is dat ernstige vergrype teen die openbare belang in die gemenereg skuld vereis sonder 'n ineenstorting van die reg[67] en dat dit geen doel dien om 'n persoon te straf waar sy bestraffing nie sal bydra tot die bekamping van die misdryf gemik teen die openbare belang nie.

Kritiek teen die houding dat waar die doel van 'n wet is om 'n ernstige euwel te bekamp, skuld nie 'n vereiste is nie, lê in die anomalie geskep deurdat daar verwag kan word dat vir so 'n ernstige euwel 'n swaar straf opgelê sal word; tog word 'n swaar straf beskou as 'n aanduiding dat skuldlose aanspreeklikheid nie beoog is nie.[68] In elk geval is hierdie benadering se grondslag weggekalwe deur die ontwikkeling van *culpa* as skuldvorm. Die ontwikkeling dat die doel van

65 *supra* 123–124.
66 Vonnisbespreking 1974 *THRHR* 315 316.
67 De Wet en Swanepoel 101.
68 Sien 7 hieronder.

'n wet ook ondermyn moet kan word deur skuld te vereis alvorens dit as 'n aanduiding in die rigting van skuldlose aanspreeklikheid beskou kan word, is verkieslik, veral indien "doel" nie eers as in die openbare belang ingeklee word nie. Die probleem bly egter dat verskillende doele deur verskillende persone in 'n wet ingelees kan word en dat een persoon met 'n spesifieke feitestel voor hom, nie kan insien dat die doel ondermyn kan word nie, terwyl 'n ander feitestel so 'n ondermyning kan suggereer. Die openbare welsyn-benadering is steeds ingeburger in die regspraak, geen grondslag, anomalie en al.

## 7 STRAF

### 7 1 By die vasstelling of aanspreeklikheid skuldloos is

Die aard en omvang van die straf word dikwels deur ons howe aangewend in 'n poging om die bedoeling van die wetgewer aangaande skuld vas te stel. Die uitgangspunt is dat waar swaar strawwe voorgeskryf is, dit die vermoede dat die wetgewer nie skuldloos wou straf nie, versterk, daar dit dui op 'n begeerte van die wetgewer om skuld as element vir die oortreding van 'n bepaling te vereis.[69] Dienooreenkomstig is ligte strawwe as aanduidend van 'n bedoeling van die wetgewer om skuldloos te wil straf, vertolk.[70]

Waar gevangenisstraf sonder die keuse van 'n boete opgelê kan word, word dit as 'n aanduiding van skuld beskou.[71] 'n Minimum voorgeskrewe straf word beskou as 'n aanduiding dat skuld vereis word.[72] Strawwe wat vir tweede en daaropvolgende oortredings voorgeskryf is[73] en ander by wet voorgeskrewe sanksies wat 'n beskuldigde mag tref, word in ag geneem.[74]

Milton en Fuller[75] sê dit blyk dat die voorveronderstelling onderliggend aan hierdie hulpmiddel is dat die meeste statutêre oortredings reëlend van aard is en nie *malum in se* nie. As sodanig word klein strawwe voorgeskryf, meer met die bedoeling om tereg te wys as om te straf. Daarom is dit onvanpas om 'n uitgebreide soektog na die beskuldigde se geestesingesteldheid op tou te sit voordat die straf opgelê word. Vandaar dat hoe ernstiger die straf, hoe minder waarskynlik die implikasie dat skuld uitgesluit is. Die skrywers meen voorts dat die hulpmiddel op hierdie basis in 'n mate geregverdig is. Aan die ander kant: die man sonder skuld hoef nie deur 'n hof tereggewys te word nie – as die instansie belas met die toepassing van 'n bepaling hom op sy fout wys, is dit voldoende om hom sy optrede te laat staak; indien hy volhard, het hy skuld. Is die skuldlose

69 *H supra* 126; *Tsotsi supra* 785; *V supra* 635; *Salmonson supra* 753; *Arenstein* (1964) *supra* 366; *Ramaube supra* 65; *Duma supra* 74; *Henwood supra* 391; *Oberholzer supra* 611; *Mathebula supra* 498 en 500; *S v Zemura* 1974 1 SA 584 (RAD) 591; *Azels supra* 157; *S v Majola* 1975 2 SA 727 (A) 736; *Film Fun Holdings supra* 385; *Poslinsky supra* 411; *Du Toit supra* 37.

70 *Pretorius supra* 740; *Ismail v Durban Corporation supra* 610; *S v Sibitane* 1973 2 SA 593 (T) 595.

71 *H supra* 126; *Salmonson supra* 753; *Mdhluli supra* 711; *Duma supra* 74.

72 *Arenstein* (1967) *supra* 382; *Mdhluli supra* 711; *Majola supra* 736.

73 *Duma supra* 74.

74 *Salmonson supra* 753; *Williamson supra* 145.

75 39.

man nie geregtig in 'n gemeenskap wat (hopelik) die vryheid van die individu vooropstel, om van 'n hof te verwag om te bevind dat hy geen skuld het nie, indien dit die geval is? Wanneer swaar strawwe gebruik word as aanduiding dat die wetgewer nie kon bedoel het om 'n onskuldige daarmee te wil besoek nie weens die onbillike resultate wat daaruit kan voorvloei, maak die hulpmiddel sin. Dieselfde geld nie vir 'n ligte straf as aanduiding dat skuld nie 'n element is nie. Hoogstens kan 'n ligte straf die groen lig daarstel om uit ander oorwegings die bedoeling te vind dat die wetgewer skuldloos wou straf – dit behoort nie self as 'n aanduiding van skuldloosheid beskou te word nie.

Alhoewel die tradisionele beskouing onderliggend aan hierdie hulpmiddel aan die regspraak nie onbekend is nie,[76] het 'n ander neiging kop uitgesteek, naamlik om te redeneer dat hoë strawwe aantoon dat die wetgewer 'n misdryf in 'n ernstige lig beskou en dat sy bedoeling is om streng op te tree teenoor handelinge wat 'n gevaar vir die publiek inhou, nieteenstaande die afwesigheid van skuld by 'n oortreder.[77] Swaar straf mag dus, afhangende van die sienswyse en benadering van 'n regspreker, as aanduidend van skuldlose aanspreeklikheid ingespan word. In sommige gevalle word albei benaderings sommer in een saak gevind.[78]

## 7 2 By 'n soeke na die skuldvorm

Die aard en omvang van die voorgeskrewe straf word gewoonlik soos volg ingespan: swaar strawwe is voorgeskryf; dit dui daarop dat die wetgewer verwag dat groot sorg en omsigtigheid aan die dag gelê moet word om nie die bepaling te oortree nie, derhalwe is nalatigheid voldoende as skuldvorm.[79] In *Naidoo*[80] sê regter Muller egter:

> "The penalty provisions are of utmost severity, and are coupled with serious limitation of the discretion as to sentences. These factors should make one slow to jilt *mens rea* as an element, or to conclude that *culpa* is sufficient for criminal liability."

Hierdie benadering berus waarskynlik op die uitgangspunt dat die erkenning van *culpa* die skuldbegrip uitbrei en sodoende beswarend werk teenoor 'n beskuldigde.

Die gevaar lê daarin dat diegene wat 'n plig om sorg te dra aan die kant van die beskuldigde soek alvorens *culpa* as voldoende beskou word[81] feitlik altyd swaar strawwe as 'n aanduiding van *culpa* as vereiste vir aanspreeklikheid sal vertolk, maar dat diegene wat slegs vra of daar uit die wet af te lei is of *culpa*

76 *Ismail v Durban Corporation supra* 607.

77 die landdros se houding in *Mathebula supra* 498; *Williamson supra* 145; *S v Els* 1972 4 SA 696 (T); *Naidoo supra* 594; *S v Di Stefano* 1977 1 SA 770 (K) 771.

78 *Film Fun Holdings supra* 385; *Du Toit supra* 37.

79 *Arenstein* (1964) *supra* 366; *Film Fun Holdings supra* 384–385; *Jadwat Bros supra* 827; *Du Toit supra* 38–39.

80 *supra* 598.

81 *R v Federated Meat Industries Ltd* 1949 2 SA 795 (N) 797; *Arenstein* (1964) *supra* 366; *Qumbella supra* 359; *Wood supra* 495–496; *S v Marais* 1971 1 SA 844 (A); *Du Toit supra* 39.

voldoende is,[82] waarskynlik swaar strawwe sal sien as 'n aanduiding dat *culpa* nie voldoende is nie.[83]

### 7 3 Kritiek

Eerstens is daar die feit dat die straf wat vir 'n bepaling voorgeskryf is, tot verskillende gevolgtrekkings aanleiding kan gee.

De Wet en Swanepoel[84] meen dat hierdie houding, naamlik: straf gering – mag aanneem verbod is skuldloos, nouliks te versoen is met die grondbeginsel dat skuld 'n vereiste vir kriminele aanspreeklikheid is. Hulle beskou dit as 'n

> "drogoorweging – die hof wat dit aanwend, probeer maar net sy gewete salf."

Milton en Fuller[85] gee toe dat dit ietwat ongewens is. Hulle gee 'n voorbeeld waar die toepassing moeilikheid opgelewer het en wys daarop dat dit

> "rests on a premise which lends itself to injustice."

## 8 ONTDUIKING

### 8 1 By die vasstelling of aanspreeklikheid skuldloos is

Vervolgens kan die bedoeling van die wetgewer gesoek word in die gemak waarmee 'n bepaling ontduik kan word indien gesteun word op die afwesigheid van skuld.[86] Of anders gestel, die feit dat 'n bepaling kragteloos word of onmoontlik word om toe te pas as skuld vereis word, word as 'n rigtingwyser na skuldlose aanspreeklikheid beskou.[87] Aangesien die kern van hierdie oorweging die bewysprobleem is waarmee die staat opgeskeep sit, word daar dikwels verklaar dat ontduiking van 'n bepaling nie makliker is wanneer skuld vereis word nie, aangesien die bewyslas om afwesigheid van skuld te bewys op die beskuldigde rus.[88] Soos *Duma*[89] aantoon, sal ontduiking onder sekere omstandighede ook nie so maklik wees waar bloot 'n weerleggingslas op 'n beskuldigde rus nie. Ook word, deur van *culpa* in plaas van *dolus* as skuldvorm gebruik te maak, hierdie aanduiding van skuldlose aanspreeklikheid gekortwiek aangesien ontduiking nie makliker sal wees wanneer *culpa* vereis word nie, alhoewel dit wel makliker sal wees wanneer *dolus* vereis word.[90] Beide hierdie metodes (om die bewyslas op die beskuldigde te plaas en om *culpa* as voldoende te beskou)

82 *Bailey supra* 268; *Wandrag supra* 159; *Goncalves supra* 124; *Fernandes supra* 630; *Willemse supra* 91.
83 byvoorbeeld Snyman 316.
84 101.
85 39.
86 *Arenstein* (1964) *supra* 365; *Ramaube supra* 65; *Mdhluli supra* 711; *Wandrag supra* 159; *Henwood supra* 391; *Mathebula supra* 498; *Williamson supra* 145; *Film Fun Holdings supra* 385; *Poslinsky supra* 411.
87 Milton en Fuller 38; *Sibitane supra* 595.
88 *Arenstein* (1967) *supra* 382; *Els supra* 702; *Rabson supra* 576; *Sibitane supra* 595; 'n stelling, terloops, wat in die lig van *De Blom supra* en *Ngwenya supra* uiters verdag is.
89 *supra* 73.
90 *Henwood supra* 391; *Film Fun Holdings supra* 385.

word deur De Wet en Swanepoel[91] en deur Milton en Fuller[92] verkies bo 'n bevinding van skuldlose aanspreeklikheid.

Die feit dat die howe nie altyd konsekwent was in hulle plasing van die bewyslas nie[93] en die feit dat *culpa* nie altyd in gedagte gehou word nie, kan daartoe aanleiding gee dat hierdie oorweging in een geval ingespan word as aanduidend van skuldlose aanspreeklikheid en in 'n soortgelyke geval as van geen waarde om die vermoede dat skuld nie uitgesluit is nie, te weerlê.[94]

Die hulpmiddel se waarde word verder verminder deurdat dit meer gewig as andersins dra in gevalle waar die klem nie op die bewysprobleme val nie, maar op 'n vals ontkenning van die beskuldigde se kant af. In plaas daarvan om te besluit of die staat 'n sekere aspek sal kan bewys of nie, word gekyk hoe geredelik 'n beskuldigde sal kan lieg. Die verskil in benadering word geïllustreer deur die verhoorlanddros en regter by appèl se meningverskil in *Mathebula*.[95] Die landdros is van mening dat omseiling maklik is, terwyl die regter nie so dink nie, as direkte gevolg van elkeen se benadering tot die probleem.

## 8 2 By 'n soeke na die skuldvorm

Die ontduiking van die betrokke bepaling word soms na gekyk om te besluit of *culpa* voldoende is of nie. Die redenasie is dat 'n bepaling maklik ontduik sal word as slegs *dolus* vereis word, daarom is die gevolgtrekking dat *culpa* voldoende is.[96] In *Henwood*[97] waar die hof nie skuldlose aanspreeklikheid wil bevind nie, word die feit dat 'n bepaling nie makliker ontduik sal word indien *culpa* vereis word nie, inderdaad aangevoer as rede waarom die bepaling nie skuldloos uitgelê moet word nie.

## 8 3 Kritiek

De Wet en Swanepoel[98] sê dat hierdie hulpmiddel die enigste oorweging is wat enigsins gewig dra. Kritiek daarteen is daar wel. In *R v Erasmus*[99] verskyn die volgende:

> "I cannot see why a construction which adds the element of guilty knowledge should tend to defeat the object of the enactment to any greater degree than the requirement of *animus* in the crime of murder may be said to keep homicides from the gallows."

Die hof se houding in *S v Bernardus*[1] teenoor die *versari*-leerstuk, naamlik:

91 101–102.
92 38–39.
93 Burchell "Onus of Proof of *Mens Rea* in Statutory Offences" red Coetzee *Gedenkbundel HL Swanepoel* (1976) 175.
94 Kontrasteer byvoorbeeld *Williamson supra* 145 met *Els supra* 701–702.
95 *supra* 498.
96 *Fernandes supra* 630; *Naidoo supra* 599.
97 *supra* 393.
98 101.
99 1945 OPD 50 64.
1 1965 3 SA 287 (A) 297.

> "Die oorweging dat dit 'n skuldigbevinding aan strafbare manslag vir die staat vergemaklik, is na my mening geheel en al verwerplik,"

kan ook hier in ag geneem word. Die uitgangspunt van die oorweging is immers dat indien skuld as vereiste 'n skuldigbevinding bemoeilik, die bepaling as skuldloos uitgelê moet word om 'n skuldigbevinding te vergemaklik. Milton en Fuller[2] meen dat die feit dat dit nie vir die staat moeilik is om skuld te bewys nie, geen rede behoort te wees om die beskuldigde die veiligheidsklep te ontneem wat die beginsel van skuld daarstel nie. Dienooreenkomstig is daar geen oortuigende rede om te redeneer dat skuld glad nie bewys hoef te word net omdat die bewys daarvan moeilik is nie. Hulle meen verder dat die hulpmiddel te onnoukeurig is omdat dit afhanklik is van die subjektiewe sienswyses van verskillende regters.

## 9 REDELIKHEID

### 9 1 By die vasstelling of aanspreeklikheid skuldloos is

'n Verdere oorweging wat aangewend word, is die redelikheid daarvan om skuld te vereis, al dan nie. Alhoewel *Arenstein*[3] se opsomming van die oorwegings nie "redelikheid" insluit nie,[4] het dit ook vanaf die Engelse reg deur *Wallendorf*[5] in ons midde geland.

Waar die redelikheid teenoor die beskuldigde bekyk word, word gesê dat die bepaling maklik of geredelik deur 'n persoon sonder skuld oortree kan word en dat dit onbillik is om dit derhalwe as 'n skuldlose verbod uit te lê.[6] In *Mdingi*[7] waar dit gaan oor 'n oortreding van artikel 2(1)(b) van Wet 83 van 1967 – hulpverlening aan 'n persoon om opleiding te ondergaan wat gebruik kan word deur 'n persoon wat ten doel het om die handhawing van wet en orde in gevaar te stel – sê die hof bloot dat, nieteenstaande die algemene omvang en doel van die wet, hy van mening is dat die wetgewer nie kon bedoel het om onskuldige bystand deur 'n beskuldigde aan 'n persoon wat hy nie verdink nie, te wou strafbaar stel, sonder om verder te probeer aantoon dat sulke skuldlose bystand maklik kan voorkom nie. Die feit dat 'n skuldlose persoon skuldig bevind kan word, is die beweegrede om die howe te laat sê dat dit onredelik is en dat die wetgewer dit nie so kon bedoel het nie. Eintlik kom dit dus neer op 'n verwerping van skuldlose aanspreeklikheid in ander gewaad. Dit lyk asof De Wet en Swanepoel[8] se kritiek teen hierdie hulpmiddel, naamlik dat

> "mens die *a priori* standpunt (kan) inneem dat dit sonder meer onredelik is om 'n voorskrif so uit te lê dat dit die mens, sonder inagneming van skuld, aan straf blootstel,"

2 38.
3 (1964) *supra*.
4 Sien par 1 hierbo.
5 *supra* 398–399 405.
6 *Pretorius supra* 740; *S v Marangwe* 1967 1 PH O 14 (T); *Arenstein* (1967) *supra*.
7 *supra*.
8 101.

inderdaad die uitgangspunt van die sake is wat hierdie hulpmiddel aanwend, alhoewel die opmerkings streng beperk word tot die bepaling onder oë. Gevalle kom egter ook voor waar die klem eerder op belaglike gevolge val as op die blote moontlikheid dat iemand die bepaling skuldloos kan oortree, byvoorbeeld waar 'n kruier op 'n stasie sonder skuld dagga tussen die goedere in sy besit kan hê.[9]

Redelikheid teenoor die ander party of die staat word effe afgeskeep. Hier bestaan variasie op die tema. Meer in ooreenstemming met *Wallendorf*[10] is *Marangwe*,[11] wat die gevolge wat 'n toestand vir die publiek inhou opweeg teen die feit dat die toestand enige tyd sonder skuld aan die beskuldigde se kant kan ontstaan.

*Henwood*[12] is blykbaar van mening dat by redelikheid teenoor die staat bedoel word die redelikheid om te verwag dat die staat skuld moet bewys, al dan nie, waar dit lui dat die gemak van ontduiking van 'n bepaling en redelikheid teenoor die staat gewoonlik tegemoet gekom word deur die bewyslas op die beskuldigde te plaas. In *Sibitane*[13] word redelikheid teenoor staat en beskuldigde gekombineer wanneer die hof se uitgangspunt is dat waar die beskuldigde 'n gevaarlike voorwerp op 'n hoofweg neem, hy alle risiko moet dra.

### 9 2 By 'n soeke na die skuldvorm

Redelikheid by name is hier skaars. Die feit dat 'n objektiewe toepassing van *culpa* in die Suid-Afrikaanse situasie onredelike ontberings tot gevolg kan hê, is as aanduidend daarvan beskou dat dit onwaarskynlik is dat die parlement so 'n resultaat kon bedoel het.[14] Dit druis in teen die uitgangspunt dat swaar strawwe die afleiding regverdig dat *culpa* voldoende is. Aan die ander kant is hierdie oorweging in dieselfde saak deur 'n ander regter as nie sterk genoeg beskou om hom daarvan te weerhou om te bevind dat *culpa* voldoende is nie.[15]

### 9 3 Kritiek

Beswaar kan weer eens teen hierdie hulpmiddel ingebring word dat dit verskillende regsprekers tot verskillende gevolgtrekkings kan laat kom.[16]

## 10 SLOT

Uit die voorgaande word die skerp kritiek wat skrywers teen die "other considerations" uitspreek, verstaanbaar.[17] Die feit dat die vermoede *actus non facit*

9 *R v Langa* 1936 CPD 158.
10 *supra*.
11 *supra*.
12 *supra* 391.
13 *supra* 595.
14 *Naidoo supra* 576.
15 *Naidoo supra* 596.
16 Kontrasteer byvoorbeeld *Marangwe supra* met *Sibitane supra*.
17 Burchell en Hunt 166; Milton en Fuller 28; De Wet "Toonaangewende Beslissings op die Gebied van die Strafreg in 1956" 1957 *THRHR* 89.

*reum nisi mens sit rea* ernstig opgeneem word deur die howe, dat die howe nie skuldlose aanspreeklikheid bevind nie tensy die bedoeling van die wetgewer duidelik blyk en dat daar na al die oorwegings saam gekyk word, het die negatiewe effek van die gebreke van die oorwegings beperk. Tog kom daar meningsverskil voor oor die aanwesigheid van skuld by statutêre bepalings en oor die skuldvorm vereis vir 'n statutêre bepaling.[18] Die gerapporteerde sake dui meesal 'n meningsverskil tussen verhoorlanddros en regter by appèl aan – dit laat 'n mens wonder in hoeveel sake wat nooit die hoër howe haal nie, 'n beslissing bereik is waarmee 'n regspreker in hoër instansie nie sou saamgestem het nie.

Appèlregter Holmes se stelling in *Qumbella*,[19] kan onderskryf word, naamlik

> "of course, the lawmaker has it within its power to override this fundamental principle of fairness (*actus non facit reum nisi mens sit rea*), thus rendering the innocent violations punishable. But such an inroad into individual freedom should be made to appear very plainly, so that he who runs may read. Then the Court would not have to grope for the legislative intention as to *mens rea* amid ambivalent considerations such as purpose, penalty and the reasonableness of going one way or the other."

Maar ek wil 'n stappie verder gaan: het die tyd nie aangebreek dat die wetgewer sy bedoeling in soveel woorde moet weergee deur met die gebruik van woorde soos "opsetlik" of "nalatiglik" deurgaans die skuldvorm te noem wat vir 'n strafbepaling vereis word of uitdruklik te sê wanneer skuldlose aanspreeklikheid bedoel word nie? Dit sal die oorwegings in die ban doen, minstens wat toekomstige wetgewing betref. Enige verswaring in die wetgewer se werkslading[20] sal uitgekanselleer word deur die moeite en tyd wat die howe sal spaar en, baie belangrik, die regsekerheid wat daaruit sal voortvloei.

18 *Marrangwe supra*; *Mdhluli supra*; *Duma supra*; *Mathebula supra*; *Naidoo supra*; *Du Toit supra*.

19 *supra* 364.

20 Diegene wat meen dat die wetgewer inderdaad geen bedoeling vorm aangaande skuld nie, het waarskynlik gelyk: Howard *Strict Responsibility* (1963) 9–12; Glanville Williams *Criminal Law* 2e uitg (1961) 260–261; Milton en Fuller 26 n 31.

# Regsdinamika: Opmerkinge oor die aard van die wetgewingsproses*

JMT Labuschagne
*MA LLB DPhil LLD*
*Professor in die Inheemse Reg aan die Universiteit van Pretoria*

*"Law must be stable, and yet it cannot stand still" – Roscoe Pound*[1]

**SUMMARY**

**Legal Dynamics: Remarks on the nature of the legislative process**

The main purpose of this article is to provide a philosophical background for a better understanding of the rules in regard to the interpretation of statutes and to provide a basis from where these rules can be developed.

It is argued that the statute promulgated by the legislature is incomplete. The legislature's statute is called a structure statute and is as such not a real statute. The structure statute contains the structure norm. Only when the structure statute is carried into effect in a particular case does it become a function statute and thereby a real statute. Likewise the structural norm (embodied in the structure statute) becomes the function norm (embodied in the function statute). A function norm is, as a result of its individualised nature, unique. Legal norms therefore cannot conflict.

To achieve legal certainty the legislative process is based on certain assumptions, namely legislative supremacy, the exclusiveness of the statutory vehicle and a proper communication between the legislature and the subjects.

The normative process is generated by the human mind. The human factor (the human mind with the variety of factors which can influence it) is present in all phases of the legislative process. Since the sociological basis of law is to be found in the legal need generated by human interaction and the said legal need is itself subject to change, it speaks for itself that the legislature can abolish or alter a statute. The legislative process proceeds through the stages of the "generality" of the structure-norm to the particularity of the function-norm. It is in a continuous process of case-to-case movement.

Enige studie oor die regsdinamika is 'n studie in die wese van die normatiewe. So 'n studie sou nie alleen omvangryk wees nie, maar sou al die dieptevrae van die regswetenskap betrek. Hierdie studie is op tweërlei wyse ingrypend beperk:

(a) dit verwys slegs na regsvorming deur wetgewing en
(b) dit handel slegs oor sekere temas in dié verband.

Die hoofdoel van hierdie studie is om kortliks die agtergrond te skets en 'n basis te probeer stel vanwaar "die reëls van die uitleg van wette" begryp en ontwikkel kan word. Meer as verkenninge is dit egter nie.

* Erkenning word hiermee gegee aan die Von Humbolt-Stiftung wat my in 1981 in staat gestel het om 'n deel van dié navorsing in Heidelberg, Wes-Duitsland, te onderneem.

1 *Interpretations of Legal History* (1923) 1 aangehaal deur Bodenheimer *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* (1974) 253.

## 1 DIE BEGRIP "WET"

Troller[2] beweer dat die begrip "wet" ("Gesetz") "bedeutet, wo immer er verwendet wird, ein Vorstellungsmodell von wiederholbarem zukünftigem Geschehen" en vervolg dan:

> "Gleich wie die Modelle über das Verhalten von Naturkräften, die wir Naturgesetze nennen, sind die Gesetze im sozialen Bereich Vorstellungen über das Verhalten von Personen, wobei angenommen wird, das dieses Verhalten bei der gleichen Konstellation gleich bleiben wird."

Ten aansien hiervan dien die volgende opgemerk te word:

(a) Dié voorstellingsmodelle is basies bewussynsfenomene ("Bewusstseinsphänomene").[3] Daar moet egter steeds in gedagte gehou word dat die menslike bewussyn nie los van die onderbewussyn kan funksioneer nie.

(b) Daar is meer onsekere faktore by wette in die sosiale sfeer (waaronder die wette in juridiese sin) as by die natuurwette.[4]

(c) 'n Wet, soos algemeen deur juriste verstaan, beliggaam 'n norm of norme (of soms slegs normdele). Die norm is in finale sin die juridiese funksionele en nie die wet as dokument nie. Dit is egter ook (meesal) belangrik om laasgenoemde as 'n eenheid te beskou en uit te lê, want daar kan byvoorbeeld woordomskrywings of ander bepalings van algemene toepassing wees. Belangrik is: die begrip "norm" is nie gelyk aan 'n wetgewingsdokument nie.

(d) Die wet soos beliggaam in die dokument uitgevaardig deur die wetgewer is nog onvoltooid. Hierdie wet, naamlik die wetgewerswet, noem ek as uitgangspunt die struktuurwet. Dit is 'n bewussynsfenomeen (voorstellingsmodel) van al die mense wat daarvan kennis dra. Omdat die bewussynstruktuur (met sy basis in die onderbewussyn) van mens tot mens verskil, verskil genoemde voorstellingsmodel ook. Eers wanneer aan die voorstellingsmodel van die regspreker(s) (deur sy (hulle) bevinding) gevolg gegee word, word die struktuurwet 'n funksiewet en daarom voltooide (en werklike) wet.[5] So ook word die struktuurnorm (beliggaam in die struktuurwetlike) terselfdertyd funksienorm (beliggaam in die funksiewetlike).[6] Belangrik is: 'n norm kan nie los van sy prosessuele aard gesien word nie.

## 2 DIE NORMKIEM

Adomeit voer aan[7] dat die normatiewe met die eet van die vrugte van die boom van kennis in die Paradys 'n aanvang geneem het. Die normatiewe het myns in-

2 "Das Gesetz im Recht" 1974 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 29 35.
3 Troller 37.
4 *ibid.*
5 Vgl my artikel "Op die Voetspoor van die Wetgewingsproses: Dwingende en Aanwysende Bepalings" *Petere Fontes LC Steyn Gedenkbundel* 74 97.
6 Vgl my skrywe "Die Strafregsnorm" 1982 *THRHR* 312.
7 *Rechtstheorie für Studenten* (1979) 11 (vervolgens aangehaal as *Rechtstheorie*).

siens embrionies reeds bestaan in die menslike wete dat 'n sekere handeling (naamlik die eet van die vrugte van genoemde boom) verkeerd is. In dié verband wil ek op die volgende wys:

(a) Volgens Lampe[8] is die mens "das 'Atom' der Rechtsgemeinschaft." Hiervolgens is die mens juridies die kleinste eenheid waaragter ontologies nie teruggegaan kan word nie. Die mens bestaan egter ook uit eenhede of komponente, soos 'n huis uit vertrekke en 'n motor uit onderdele bestaan; die menslike geestesstruktuur bestaan ook uit interaktiewe komponente (drange, gevoel, denke, gewete). Dit is myns insiens die primêre (dinamiek) generator in die normatiewe proses.

(b) Jenkins[9] wys daarop dat die reg 'n "principle of order" is en op alle vorme van reg van toepassing is.

Barkun[10] het klaarblyklik dieselfde idee in gedagte wanneer hy daarop wys dat reg nie sonder konflik (of die moontlikheid daarvan) moontlik is nie. Die begrip "orde," in dié verband gebruik, kan myns insiens omskryf word as die balanssoekende (middelpuntsoekende) van die konflikte wat ontstaan uit die vorminge, handhawinge en uitlewinge van die individueel-menslike identiteite. Die ordebehoefte bestaan egter reeds in die geestestruktuur van die individuele mens as gevolg van die konflikte wat in die mens se gees afspeel. Die bestaansbehoefte vir die normatiewe is in 'n sekere sin 'n uitwendige projeksie van die inwendige mens. Die normkiem bestaan gevolglik binne in die mens. Dit verkry sosiale momentum en groeikrag deur interaksie met jou medemens.

## 3 DIE NORMAARD

'n Regstelsel (-sisteem of -orde) bestaan uit regsnorme. Volgens Adomeit bestaan die "grösste Gegensatz" tussen norme en stellinge ("Aussagen"). Hy gee dié voorbeeld:[11] "Kain het vir Abel gedood." Volgens hom is dit nie 'n norm nie want dit is 'n beskrywing. 'n Norm beskryf, volgens hom, daarteenoor "nach Muster etwas vor (ist präskriptiv)." Ten aansien van die onderhawige probleem kan die volgende opgemerk word:

(a) Hierdie benadering is gebaseer op die Kantiaanse onderskeiding tussen 'n behoort- en 'n is-wêreld ("Sollen" en "Sein").[12] Hierdie onderskeiding word in 'n toenemende mate onpopulêr by regs- en ander gemeenskapsfilosowe.[13] In sy finale sin is die norm, soos hieronder beskryf, ook maar 'n beskrywing.

8 *Rechtsanthropologie – eine Strukturanalyse des Menschen im Recht* bd 1 (1971) 33.
9 "The Genesis of Positive Law" 1964 *ARSP* 1 5.
10 *Law without Sanctions* (1968) 36.
11 *Rechtstheorie* 17.
12 Vgl Damm "Norm und Faktum in der historischen Entwicklung der juristischen Methodenlehre" 1976 *Rechtstheorie* 213 219.
13 Vgl Otto Bondy "Das Reich des Sollens" 1976 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 85.

(b) Oor die aard van die norm bestaan daar basies twee benaderingswyses:[14]

(i) *'n Norm bestaan as 'n linguistiese uitdrukking*
Dit volg hieruit dat die norm in die gees van elke individuele mens bestaan en daar moet bygevoeg word: elke mens *wat daarvan kennis dra*. Hiermee kan nie fout gevind word nie en daarom moet mens hierdie waarheidsmoment in jou siening van die normbegrip behou. "Norm" op dié vlak noem ek, soos hierbo op gewys, die struktuurnorm. Oor die belangrikheid van die linguistiese (die taal) in die normatiewe proses sê Thomas Fleiner die volgende:[15]

> "Die Sprache ist die Brücke, die das Recht mit der Wirklichkeit verbindet. Sowohl die Norm wie auch die Wirklichkeit lassen sich ohne Sprache nicht denken. Recht wird erst durch Sprache. Wirklichkeit aber lässt sich nur durch Sprache mitteilen und verstehen. Sein und Sollen wachsen in der Sprache zu einer Einheit zusammen. Sie werden geprägt durch die Sprache."

Die reg staan egter nie teenoor die werklikheid nie maar is – soos uit die onderhawige betoog in sy geheel blyk – deel daarvan.

Kommunikasiemedia (met die taal as basis) is 'n belangrike substraat van normvorming.[16] Dit geld vir al die fases waardeur die normproses gaan. Die normatiewe proses is egter nie 'n slaaf van 'n begrippespel nie. Treffend verklaar Edgar Bodenheimer:[17]

> "If we realize that concepts are valuable instruments of judicial reasoning in whose absence judicial activity could not be accurately executed, and if we avoid at the same time the error of ascribing to them absolute, eternal reality, unrelated to social purpose they might be designed to serve, we shall have gained the proper perspective in our effort to appraise the utility of conceptual tools in the administration of justice."

(ii) *'n Norm bestaan in sy gevolg (die norm het 'n empiriese basis)*
Die struktuurnorm is egter nog nie norm nie. Eers wanneer aan die struktuurnorm (*via* die konsepsiewêreld van die regspreker) gevolg gegee word, verkry die normatiewe proses (finale) funksionele betekenis en verkry die norm werklik inhoud. Eers wanneer gevolg gegee word aan 'n struktuurnorm het mens myns insiens met 'n funksienorm ('n werklike norm) te make.[18]

(c) Die normatiewe ontspring uit die menslike gees en kan slegs in sy gevolg

14 Vgl Kazimierz Opalek "The Problem of the Existence of the Norm" in *Festschrift für Adolf J Merkl* (Max Imboden (red) 1970) 284. Vgl ook Klaus Grimmer *Die Rechtsfiguren einer Normativität des Faktischen* (1971) 49 ev.

15 "Norm und Wirklichkeit" 1974 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 279 297–298.

16 Tomasz Gizbert–Studnicki "Lexicography and Interpretation of Law" 1977 *ARSP* 161 wys daarop dat die taak van die wetsuitlegger baie ooreenkom met dié van 'n leksikograaf (woordeboekmaker).

17 *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* (1974) 385.

18 Vgl my artikel "Klagtesplitsing en die Organiese Aard van die Misdaadinhoud" 1980 *De Jure* 356 366.

daarbuite tree. Martin Kriele[19] sê ten aansien van die verskil tussen natuurwette en regsnorme:

> "Die Gesetze der Naturwissenschaft haben keine Geschichte, es gibt lediglich eine Geschichte ihrer Entdeckung; Man geht davon aus, dass sie zeitlos die Natur regiert haben. Die Gesetze des Rechts hingegen hatten keine Geltung, ehe sie im Bewusstsein des Menschen lebendig wurden."

(d) Regsnorme is kragtens hulle aard veranderlikes. Die rede waarom regsnorme nie staties is nie, is te vinde in die feit dat hulle in die onsekere en veranderlike menslike gees leef. Oor die reg as kwantitatiewe veranderlike sê die regsosioloog Black treffend:[20]

> "The quantity of law varies in time and space. It varies across the centuries, decades and years, months and days, even the hours of a day. It varies across societies, regions, communities, neighborhoods, families and relationships of every kind. It varies with who complains about whom, who the legal official is and who the other parties are. It varies with the ranks of these people, their integration into social life, the intimacy with each other, their conventionality, membership, and reputations. It varies with every aspect of its social environment – vertical, horizontal, cultural, organizational, or normative. It varies across the world and its history, the settings of a society or community, the cases in the court, the daily round of a policeman."

Die normatiewe proses is wesenlik 'n proses wat deurspek is met onsekerhede en onvoorspelbaarhede.

(e) 'n Funksienorm is, as gevolg van die geïndividualiseerde aard daarvan, uniek.[21] Daarom kan daar nie sprake wees van regsnorme wat bots nie. Daar kan wel struktuurnorme wees wat die bepaling van die rigting van die (funksie-) norm-in-wording kan bemoeilik.

## 4 DIE NORMBESTAAN

Oor die vraag na die bindings- of regskrag (en daarom die bestaan) van die norm bestaan daar basies twee benaderinge:

### (a) Die ontologiese

Hierdie benadering word veral aangetref by die denkrigtings wat die bestaan en bindingskrag van regsnorme tot 'n grondnorm of -reël wil herlei. Hulle soek derhalwe die sin van die normatiewe in die normatiewe self.

19 *Recht und praktische Vernunft* (1979) 21–22.

20 *The Behaviour of Law* (1976) 3–4. Vgl Fernandez "Law and Polity: towards a Systems Concept of Legal Validity" 1971 *Philippine Law Journal* 371 en Dworkin "Social Rules and Legal Theory" 1972 *Yale Law Journal* 855 ten aansien van die problematiek verbonde aan die omskrywing van die reg.

21 Vgl Dworkin "The Model of Rules" 1967 *Univ of Chicago Law Rev* 14 37, aangehaal deur Munzer "Validity and Legal Conflicts" 1973 *Yale Law Journal* 1140 1157: "Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision."

In sy bespreking van die Oostenrykse Kelsen-genoot Merkl verklaar René Marac:[22]

> "Das Problem der Rechtskraft, wie der Destinator es entwirft, ist rein theoretischer Natur. Aber wer seine bedeutende Abhandlung über den Individualismus und Universalimus aufmerksam liest, wird entdecken dass der Eros eines überzeugten philosophischen und politischen Liberalen und Individualisten der Stern ist, der unsichtbar, doch umso fester und sichere den Gedankenweg leitet: Das Recht erfüllt in dem Masse seine den inneren Frieden stiftende und enthaltende Funktion, wie die Konstanz, Vertrauenswürdigkeit, Zuverlässigseit und Berechenbarkeit seiner Ordnung unter den Menschen transparant wird."

Vir die Christen is die ganse werklikheid terugherleibaar tot die Skepper en Instandhouer van die heelal en alles daarbinne. In dié sin het regsnorme ontologiese bindingskrag.

### (b) Die sosiologiese

Uit 'n immanente oogpunt gesien, bind regsnorme myns insiens suiwer deur hul gevolg. Soos elders aangetoon,[23] is 'n norm eers norm wanneer sy gevolg in werking gestel word. Preben Stuer Lauridsen sê in dié verband:[24]

> "[T]he existence of legal norms depends on the 'real' or 'social substratum' of these norms, namely, the so-called 'application thereof by the courts'. To recognize law is to recognize this reality."[25]

Dit bied vir die mens ten minste 'n wetenskaplike basis vanwaar die werklikheid verken kan word.

## 5 DIE NORMFUNKSIE OF -DOEL

In dié verband is dit nodig om te *onderskei* tussen die normatiewe funksie en die normfunksie.

22 "Merkls ontologische Theorie der Rechtskraft" in *Festschrift für Adolf J Merkl* 223 242.

23 "Die Strafregsnorm" 1982 *THRHR* 312.

24 "On a Fundamental Problem in the Legal Theory of Prediction" 1976 *Scandinavian Studies in Law* 177 202. Vgl ook Lasswell en McDougal "Trends in Theories about Law" 1976 *The Univ of Toledo Law Review* 1 48.

25 Torstein Eckhoff en Nils Kirstian Sundby "The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence" 1975 *Scandinavian Studies in Law* 121 kritiseer Kelsen en Hart se standpunt van 'n grondnorm of -reël waarvan die ander norme afgelei is. Op 151 verklaar hulle:
"As we have indicated already, we hold that this fundamental epistemological presupposition is misplaced. If a norm is 'highest' in the sense that it cannot be supported from other norms, it exists because and to the extent that its meaning has been internalized by a group of persons. This is an ordinary fact of (social) psychology. The internalized norms may have such a content as to qualify the 'existence' of other norms, here without the necessity of internalization. There is nothing mystical or indeed very special about this. For instance, whenever a normative content which grants a certain authority to somebody has been internalized as a power-conferring norm, this implies that the stipulations on the basis of the authority create 'valid' norms: it is not necessary for this result that the stipulated norms, too, should have been internalized by the subjects."

### (a) Die normatiewe funksie

Pupic beweer dat dit die funksie van normatiewe sisteme – en dit is dan ook die funksie van die reg en die staat is daaraan gebonde[26] – is om die mens te emansipeer deur hom menswaardig te maak:[27]

> "Diese restlose Menschwerdung kann jedoch nur durch eine vollkommene Aufhebung aller Formen der Entfremdung, somit also auch des Staates als einer dieser Formen, verwirklicht werden.
>
> Damit soll nicht gesagt sein, dass mit der Beseitigung des Rechts und des Staates alle Normen überhaupt verschwinden würden. Ein organisiertes Gemeinschaftsleben ist ohne Bestehen von Normen nicht denkbar."[28]

Die funksie of taak van die staat is om leefbaarheid te bewerkstellig deur die skepping en instandhouding van fisiese en normatiewe strukture waarbinne die individu se potensiaal as mens kan ontluik. Wat leefbaarheid is, hang veral af van die waardesisteme van die gemeenskapsmaghebber op 'n gegewe tydstip. Ek stem saam dat beweeg moet word in die rigting wat Pupic voorstel. Die reg is 'n mensmeganisme ('n hulp ter bevordering van leefbaarheid) en nie andersom nie; die reg word begrens deur die hoër waardes beliggaam in genoemde staatsfunksie.[29] Indien die reg daarbuite tree, is dit myns insiens nie meer reg nie.

### (b) Die normfunksie

Die tradisionele Vastelandse uitlegmetodes is viererlei:

(i) die grammatiese, (ii) sistematiese, (iii) historiese en (iv) teleologiese.

Adomeit verwys hierna as die "Savignysche Quart."[30] Hy wys dan op die "Zulässigkeit der Rechtsfortbildung zur Quint zu ergänzen."[31]

Die historiese uitlegmetode is volgens die Bundesverfassungsgericht

> "nur insofern bedeutsam, als sie die Richtigkeit einer anderweitig ermittellen Auslegung bestätige oder Zweifel behebe, die auf anderen Wegen nicht ausgeräumt werden können, denn, massgeblich sei der objektivierte Wille der Gesetzgebers."[32]

26 Vgl my artikel "Die Uitlegsvermoede teen Staatsgebondenheid" 1978 *TRW* 42 64.

27 "Die Rolle der normativen Systeme im allgemeinen und der rechtlichen im besonderen unter den Bedungungen der heutigen Welt" 17(1973–74) *Anuario de Filosofia del Derecho* 261 269. Sien ook 2(b) hierbo.

28 Vgl Popoff "Die Funktionen des Rechts in der entwickelten sozialistischen Gesellschaft in der Volksrepublik Bulgarien" 17(1973–74) *Anuario de Filosofia del Derecho* 429 434: "Unserer Meinung nacht weist das bulgarische sozialistische Recht vier Grundfunktionen aus: regulierende, schützende, erzieherische und politische sowie zwei Nebenfunktionen – eine Wirtschafts- und eine Verteidiningsfunktion." Vgl in dieselfde bundel ook Mihàly Szotáczki "Über einige Fragen der politischen und regulativen Funktion des Rechts" 137; Hermann Klenner "Kapitalistisches Gesellschaftssystem und Rechtsfunktion – Materialistisch Betrachtet" 385.

29 Vgl Von Galen "Die etische Dimension des Rechts" 17 (1973–74) *Anuario de Filosofia del Derecho* 187; Dugard "The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty" 1971 *SALJ* 181.

30 *Rechtstheorie* 74–75.

31 76. Vgl ook Baden *Gesetzgebung und Gesetzanwendung im Kommunikationsprozess* (1977) 87 ev.

32 Baden 93 en ook 124.

Hoe dit ook al mag wees, die teleologiese metode kry positiefregtelik die voorkeur. Kriele sê hieroor:[33] "Es gibt keine grammatische, logische, systematische oder sonstige Auslegung ohne Rückgriff auf die ratio legis." In 'n interessante artikel wys die Switser Peter Liver daarop dat uitlegsreëls ("canones") in 'n sekere rangorde staan:[34] "Die oberste Stufe ist die Interpretation aus dem Sinn und Zweckzusammenhang des Gesetzes, die teleologische Auslegung." Dan wys hy daarop dat die hoogste waardes ("oberste Rechtswerte") waarop die teleologiese interpretasie gebaseer is, geregtigheid en regsekerheid is. Hy vervolg:

> "Gerechtigkeit ohne Rechtssicherheit gibt es nicht. Aber die Rechtssicherheit kann auf Kosten der Gerechtigkeit verwirklicht sein. Das Gleichgewicht zweischen diesen beiden Werten herzustellen, ist die allgemeinste Aufgabe welche sich der rechtlichen Ordnung in allen Teilen stellt."

Liver stel dit miskien te kategories. Regsekerheid sonder geregtigheid is in werklikheid nie regsekerheid nie, maar magsekerheid.

Elke besondere regsnorm het 'n doel, naamlik 'n doel om 'n besondere behoefte te bevredig. Voordat daar 'n regsnorm tot stand kom, bestaan daar 'n behoefte daarvoor. Die doel van 'n regsnorm is juis om die behoefte te bevredig. 'n Normbehoefte kan vanuit die gemeenskap ontspring, in welke geval die wetgewer deur die skep van 'n regsnorm uiting gee aan die behoefte. 'n Normbehoefte kan egter ook vanuit die owerheid self ontspring, in welke geval die owerheid die behoefte skep (dikwels met die doel om een of ander persoonlike of groepsbelang te bevestig of te bevorder).[35] Die normproses begin en eindig weer by 'n besondere behoefte. Dit stel die inherente dinamiese krag van die normproses daar. Daarom kan ook na 'n wetgewingsproses verwys word as die beliggaming van 'n normdoelorganisme:[36] die normdoel gee beweging aan die normproses en bind die normgevolg met sy oorsprong (die behoefte).[37]

Die funksie of doel van die struktuurwet (en -norm) is om, enersyds, die regspreker se begrip te vorm – hy is daaraan "gebonde" – en, andersyds, om die onderdane in te lig oor wat hulle mag en nie mag nie.

## 6 DIE NORMGEADRESSEERDE

Die vraag wat hier ter sprake kom, is: word die norm gerig tot die onderdaan en/of die regspreker?[38]

33 *Recht und praktische Vernunft* (1979) 77. Vgl ook Koch "Ansätze einer juristischen Argumentationstheorie" 1977 *ARSP* 355 373.

34 "Begriff und System in der Rechtssetzung" 1974 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 135 138. Ook Ingwer Ebsen *Gesetzbindung und Richtigkeit der Entscheidung* 42.

35 Vgl verder hieroor my artikel "Die Uitlegsvermoede teen Staatsgebondenheid" 1978 *TRW* 42 62.

36 Vgl my artikel "Op die Voetspoor van die Wetgewingsproses: Subsecuta Observatio en Contemporanea Expositio" 1979 *De Jure* 91 98. Lachmayer *Legistische Analyse der Struktur von Gesetzen* (1973) 268, onderskei tussen die "Reparationsfunktion" en "Präventionsfunktion" van die reg. Baden 29 onderskei weer tussen "konservierende und modifizierde Regelung."

37 Vgl Mermin "Legal Functionalism" 17 (1973–74) *Anuario de Filosofia del Derecho* 81.

38 Vgl Baden 61.

(a) Die vraag wie die geadresseerdes van die norm is, kan myns insiens slegs aan die hand van die normproses verduidelik word. Soos reeds genoem, neem die proses 'n aanvang by die ontstaan van die normbehoefte. Die behoefte adresseer sigself tot die wetsopsteller(s) (of tot die aanvanklike inisieerder(s) van die wetsopstellingsaksie en dié dan weer tot die wetsopsteller(s). In dié geval is die wetsopstellingsaksie en dié dan weer tot die wetsopsteller(s)). In dié geval is die hoefte as agtergrond) tot die wetgewer (bv die parlement). Die wetgewer bring die struktuurwet (waarin die struktuurnorme beliggaam is) tot stand. Die struktuurnorm adresseer sigself tot die regspreker en tot ander beslissers in die normproses (soos die prokureur-generaal in 'n strafsaak). Die regspreker voltooi dan die norm. Die struktuurnorm kan (en behoort) ook tot die orderdane te spreek. In die lig van sy inligtingsteorie sê Baden:[40]

> "Diese Gerichtetkeit der Information kann trefflich an der Vorstellung von einem Kommunikationsprozesse zwischen Gesetzgeber und Gesetzesadressaten verdeutlicht werden. Adressat muss derjenige sein, der das Gesetz lesen und die in ihm enthaltenen Informationen zur Kenntnis nehmen wird."

(b) Die regspreker omskep die struktuurnorm finaal in 'n funksienorm en daardeur voltooi hy die normproses.[41] Die enigste werklike geadresseerde van 'n (voltooide) norm (funksienorm) is die persoon teen wie die sanksie in werking gestel word.[42] Soos reeds genoem, bestaan 'n norm slegs in sy gevolg.[43]

## 7 VERONDERSTELLINGS

Die wetgewingsproses (normproses) geskied teen die agtergrond van sekere veronderstellings. In dié verband is die volgende van belang:

39 Baden 58 onderskei tussen die "Gesetzgeber" en "Gesetze-Macher". Die werklike beslissing vir die bestaan van die wet vind prakties plaas voordat dit in die parlement bespreek word en die parlement ontwikkel dit "zur blossen Sanktionsinstanz."

40 65. Vgl ook De Groot "De Realiteit van het Recht in de School van Uppsala" in *Recht als instrument van behoud en verandering – Opstellen aangeboden aan Prof Mr JJM van der Ven* (1972) 35; Jerzy Wróblewski "Functions of the Law and Legal Certainty" 17 (1973–74) *Anuario de Filosofa del Derecho* 313.
Die onderskeiding tussen "Regelnder, Ausführender und Betroffener" waarna Baden vroeër (41) verwys, is myns insiens nie geldig nie. Die "Ausführender" is ook 'n "Regelnder" en selfs die "Betroffener" kan 'n "Regelnder" wees (soos die beslissing van 'n skuldigbevinde in 'n strafsaak om te appelleer. Beslis hy om te appelleer en die hoër hof stel die laer hof se beslissing tersyde, dan is sy (die skuldigbevinde se) beslissing deel van die normproses).

41 Vgl my nota "Die Strafregsnorm" 1982 *THRHR* 312.

42 Lachmayer *Grundzüge einer Normentheorie* (1977) 26 sê die volgende: "Die Existenz des Normadressaten oder dessen Kenntnis von der Norm ist für die Existenz der Norm nicht notwendig. Ein Normadressat muss bloss als 'nominelles Normsubjekt' im Inhalt der Norm aufscheinen." In die lig van wat hierbo gesê is, is die bestaan van 'n norm nie moontlik sonder 'n geadresseerde nie. Lachmayer self erken egter die prosessuele aard van die norm (34).

43 Vgl Vladimir Vrecion "Möglichkeiten des Einsatzes kybernetischer methoden im Gesetzgebungsverfahren" 1973 *Rechtstheorie* 47 55.

### (a) Wetgewersoppergesag

In die wetgewingshiërargie staan die wetgewer (die parlement) in die hoogste posisie.[44] Liver sê hieroor treffend:[45] "Es wäre ja auch die ganze Gesetzgebung das reine Narrenspiel, wenn dem nicht so wäre."[46]

### (b) Prosesgebondenheid

Reed Dickerson verwys hierna as die "exclusiveness of statutory vehicle"-assumpsie.[47] Hiervolgens het 'n wet slegs bindingskrag as dit op 'n spesifieke konstitusioneel-voorgeskrewe wyse gepromulgeer is. In die lig van my siening van die aard van die wetgewingsproses (normproses) soos hierbo uiteengesit, hou die wetgewingsproses nie by die wetgewer (wetgewende liggaam) op nie en moet die deur die reg voorgeskrewe prosedure substansieel ook tot by die regspreker se beslissing gevolg word.[48]

### (c) Behoorlike kommunikasie

Hiervolgens bestaan daar 'n aanname "that a legislature is required to make the laws that it enacts reasonably available to the persons who are affected by them."[49] Hierdie veronderstelling vorm streng gesproke deel van die voorafgaande maar as gevolg van die belangrikheid daarvan, word dit afsonderlik genoem.

Hoewel regsekerheid in sy finale sin aan menssekerheid onderworpe is, is dit gebiedend noodsaaklik dat dit in die grootste moontlike mate bewerkstellig moet word. Genoemde veronderstellings is juis gerig op die bereiking van regsekerheid.

## 8 AANWENDING EN INTERAKSIE

Daar word dikwels onderskei tussen wetgewing (normskepping) en wetsaanwending (normaanwending). Hieroor sê Noll:[50]

44 Vgl Reed Dickerson *The Interpretation and Application of Statutes* (1975) 7.

45 "Begriff und System in der Rechtssetzung" 1974 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 135 161.

46 Vgl ook Eichenberger "Zur Eintleitung: Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat" 1974 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 7 13; Adomeit "Postivismus, Gesetzgebung und Methodenlehre" 1978 *JZ* 1. Dit is ook die algemene benadering van Baden in sy werk *Gesetzgebung und Gesetzanwendung im Kommunikationsprozess*, *supra*. Vgl ook Laubscher "The Foundation of Sovereignty – Parliament as a Law-Making Body" 1981 *SALJ* 529. Ebsen *Gesetzgebung und Richtigkeit der Entscheidung* 46 omskryf wetsuitleg dan ook as "die Ermittlung gesetzgeberische Gebotsvorstellungen, korrigiert anhand der gesetzgeberischen Wertungen sofern die Gebotsvorstellungen den eigenen Wertungen des Gesetzgebers nicht entsprechen."

47 7–12. Vgl ook Fuller "Human Interaction and the Law" 1969 *The American Journal of Jurisprudence* 1 24.

48 Vgl my skrywe "Die Strafregsnorm" 1982 *THRHR* 312.

49 Reed Dickerson 11. Reed Dickerson onderskei in dié verband tussen "reliance on accepted means of communication" en "necessity of reasonable availability." Beide slaan myns insiens egter op die kommunikasieproblematiek.

50 "Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht" 1974 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 249 267.

> "Dass die Unterschiede zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung nicht logisch exakt angegeben werden können und namentlich auch nicht bei allen Fällen und Formen von Rechtsanwendung gleich sind bedeutet nicht, das es sie nicht gibt."

Reed Dickerson,[51] met beroep op die bekende Skandinawiër Ross,[52] wys daarop dat die hof twee funksies in dié verband vervul: (a) 'n kognitiewe funksie ("ascertainment of meaning") en (b) 'n kreatiewe funksie ("assignment of meaning"). Dié funksionele onderskeiding kan myns insiens ten aansien van die ganse wetgewingsproses gemaak word: die wetsopsteller, byvoorbeeld, het 'n kognitiewe funksie ten aansien van die behoefte (hy moet die behoefte interpreteer) en 'n kreatiewe funksie ten aansien van die wetsontwerp (hy moet die wetsontwerp opstel); die wetgewer (of suiwerder gestel: die lede van die wetgewingsliggaam, indien dit uit meer as een lid bestaan) het 'n kognitiewe funksie ten aansien van die wetsontwerp (hy moet die wetsontwerp interpreteer) en 'n kreatiewe funksie ten aansien van die wet (hy moet die struktuurwet in die lewe roep). Selfs die gevangenisowerheid wat met 'n vonnis van 'n strafhof werk, het 'n kognitiewe funksie ten aansien van die vonnisinhoud en 'n kreatiewe funksie ten aansien van die strafdoel (wat weer by die behoefte – die doel van die wet – uitkom). Hierdie twee funksies bestaan egter nie los van mekaar nie. Kaufmann[53] sê hieroor:

> "Die Applikation einer Regel schliesst immer deren Interpretation und damit zugleich auch Fortbildung ein."

Met verwysing na verskeie filosowe, wys Baden daarop dat die filosofiese hermeneutiek van die standpunt uitgaan dat die interpreteerder die outeur beter kan verstaan as wat hy homself verstaan het. Hy voeg dan by:[54] "Die juristische Variante dünkt noch erstaunlicher: Das Gesetz soll klüger sein können als der Gesetzgeber." Wat wel waar is, is dat die werklikheid groter is as die wetgewer se konsepsie daarvan.[55] Die wet (struktuurwet) moet 'n werklikheid bedien wat die wetgewer nie in al sy detail en nuanses *kan* ken nie: die werklikheid is inderdaad slimmer as die wetgewer.

Eikema Hommes[56] onderskei myns insiens suiwer tussen 'n vertikale en 'n horisontale dinamiek in die regsvormingsproses. Eersgenoemde bestaan in

> "de verandering der rechtsvorming op hetzelfde niveau ... binnen een materieel rechtsgebied. Binnen het rechtsgebied van het burgerlijke recht moet de gewone wetgever de wetgeving in formele zin steeds aanpassen aan nieuwe rechtsverhoudingen en rechtsbehoeften. Hetzelfde geldt van de burgerlijke rechter. Ook deze moet zijn constante rechtspraak in het licht van nieuwe omstandigheden en behoeften verfijnen en uitbouwen."

51 15.

52 *On Law and Justice* (1959) 138.

53 *Wozu Rechtsphilosophie heute?* (1971) 38. Vgl ook Du Toit "The Dimension of Futurity in the Law: Towards a Renewal of the Theory of Interpretation" 1977 *TRW* 11 17.

54 105.

55 Hugo Sinzheimer "Theorie der Gesetzgebung" (1948) 72 sê tereg: die Wetgewer is "kein Uebermensch mit übermenschlichen Gaben." Vgl Van Heerden en Labuschagne "Die Ejusdem Generis-reël" 1981 *De Jure* 79.

56 "Relatieve Constantie en Dynamiek in de Rechtsvorming" *Opstellen aangeboden aan Prof Mr JJM Van der Ven* 27 33.

En ten opsigte van laasgenoemde sê hy die volgende:

> "Maar de horizontale dynamiek veronderstelt de verticale dynamiek in de rechtsvorming. Daaronder verstaan we het proces van nadere concretisering en individualisering van min of meer algemene rechtsnormen via verschillende lagere trappen ('Stufen') van rechtsvorming. Deze dynamiek is derhalve afhankelijk van een hiërarchie van hogere en lagere rechtsvormers binnen een materieel rechtsgebied."[57]

Hy wys ook daarop dat die vertikale dinamiek die horisontale dinamiek veronderstel. Die algemene regsnorme waarna Hommes verwys, noem ek egter, soos hierbo op gewys, struktuurnorme.

Die regsnorme funksioneer nie in afsondering van die gemeenskap en dié se waardesisteme nie. Die regskritiek en die regsfilosofie en die menslike denke in die algemeen het 'n besondere taak in dié verband. Kaufmann sê tereg:[58]

> "Wozu also Rechtsphilosophie heute? Um das Recht gerechter und damit die Verhältnisse menschlicher zu machen."[59]

'n Verdere vorm van regsdinamiek lê opgesluit in die aard van sekere begrippe.[60] Sekere begrippe, as gevolg van die groter vaagheid van hulle inhoud, verleen 'n groter mate van vryheid by regsvorming. Ter illustrasie kan hier ter plaatse verwys word na art 11 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927. Hiervolgens kan die kommissaris slegs inheemse reg toepas as dit (onder andere) nie in stryd is met die staatsgedragslyn nie. Dit word aan die howe oorgelaat om inhoud aan die vae begrip "staatsgedragslyn" te gee.

Lachmayer[61] omskryf 'n norm as "eine Interaktion, welche von einer physichen Person an eine andere physische Person gerichtet wird." Die resultaat van sodanige interaksieproses, soos hierbo op gewys, stel myns insiens eers die norm daar. Hierdie mensinteraksieproses begin reeds by die ontstaan van die behoefte en eindig by die beslissing van die regspreker ten aansien van 'n besondere feitesituasie.[62] Hieroor sê Hruschka tereg:[63] "Recht und Fall sind vielmehr dyna-

57 Vgl ook Andreas Zielcke "Kritik der Gesetzform" 1977 *ARSP* 465 474; Werner Krawietz *Das positive Recht und seine Funktion* (1967) 71 ev.

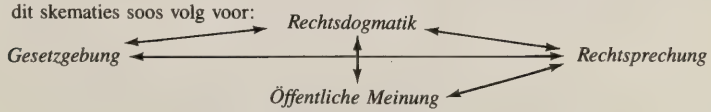
58 39. Vgl ook Kaufmann "Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz" 65; Heinen "Gesetz und Gewissen in dem lebensprozess des Menschen" 49; Huizing "Recht en Medemenselijkheid" 59 (al drie lg artikels kom voor in *Opstellen aangeboden aan Prof Mr JJM van der Ven supra*).

59 Hierbo is hierna verwys as die normfunksie. In hierdie verband het die sosiale wetenskappe 'n belangrike rol te speel. Vgl Rüdiger Lautmann "Wie irrelevant sind die Sozialwissenschaften für die Arbeit des Juristen?" 1973 *Rechtstheorie* 57.

60 Vgl Koopmans "Conserverende en activerende rechtsbegrippen" *Opstellen aangeboden aan Prof Mr JJM van der Ven* 95; Jackson "Law and Policy – Judges on Horseback?" 1975 *Malaya Law Review* 220.

61 67.

62 Adomeit (*Rechtstheorie* 12) wys daarop dat daar vier adresse (of kante) van belang is. Hy stel dit skematies soos volg voor:




63 "Rechtsanwendung als methodologisches Problem" 1964 *ARSP* 485 486.

misch aufeinander bezogen, wechselseitig voneinder abhängig und in ihren Grenzen unscharf."[64] Die feite van 'n saak reflekteer op die regspreker se gees en kan daarom 'n effek op die norminhoud hê. Daar moet steeds in gedagte gehou word dat die ontstaan van die behoefte ook die resultaat is van 'n mens se interaktiewe proses en deel van sodanige proses bly.

Daar moet verder in gedagte gehou word dat nie slegs die rasionele by so 'n interaksieproses 'n rol speel nie.[65] Daar bestaan nietemin ook 'n voortdurende interaksie tussen regsdenke en regspraktyk.[66]

Haba verwys na die uitlegsmetodiek tereg as "eine Wahl zwischen Vorverständnissen." Hy voeg dan by:[67]

> "Auslegungsmethoden wollen nicht von jedem Vorverständnis absehen, sodern dazu dienen, intersubjektive Unterscheidungen zwischen Vorverständnisse zu treffen."

Die uitlegsreëls en -metode moet myns insiens daarop gerig wees om vooroordele (bewustelik of onbewustelik) te bedwing en te temper. In effek kom dit daarop neer dat die wetgewer se "vooroordele" prioriteit moet kry. Dit het die belangrike positiewe effek dat dit regswillekeurigheid teëwerk en regsekerheid bevorder.[68]

## 9 SAMEVATTING

In die lig van wat hierbo gesê is, kan die volgende interaktief-dinamiese kante van die wetgewingsproses onderskei word:

### (a) Mensdinamiek

Soos op gewys, word die normatiewe proses vanuit die menslike gees gegenereer. Die mensfaktor (die menslike gees met die veelheid faktore wat dit kan beïnvloed) is in al die fases van die wetgewingsproses teenwoordig. In hierdie ver-

64 Vgl ook Arndt "Gesetzesrecht und Richterrecht" 1963 *NJW* 1273 1283; Wroblewski "Facts in Law" 1973 *ARSP* 161; Mock "Die Ambivalenz menschlicher Normativität" 1977 *ARSP* 179 181; Damm "Norm und Faktum in der historischen Entwicklung der juristischen Methodenlehre" 1976 *Rechtstheorie* 212; Troller "Das Gesetz im Recht" 1974 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 29 32. Die norm (in sy voltooide sin) is dan ook die resultaat van 'n veelheid van waardeoordele. In dié verband is Englis "Die Norm ist kein Urteil" 1964 *ARSP* 305 se betoog nie geldig nie.

65 Vgl Ehrenzweig "Psychoanalitic Jurisprudence" (1971) par 174; Souta "Die soziale Norm" 1977 *ARSP* 1. Haba "Hermeneutik contra Rechtswissenschaft" 1978 *ARSP* 163 165 wys daarop dat mens by die uitleg van 'n teks nie van 'n nulpunt uitgaan nie.

66 Vgl Alejo de Cervera "Legal Order and Legal Thought. The Dynamics Involved" 1978 *ARSP* 479 484; René Foqué "Rechtstheorie als Rechtskritiek" 1980 *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtsteorie* 127.

67 166.

68 Ten slotte gee Adomeit (*Rechtstheorie* 80) die volgende advies aan die hanteerders van probleme voortspruitende uit wetsbepalings: (i) vind die wet; (ii) lees die wet; (iii) lees die tersaaklike regspraak en literatuur en (iv) vel 'n oordeel ("make up your mind"). In werklikheid moet mens eers by die feite van 'n saak begin voordat genoemde stappe gevolg kan word.

band sluit die regswetenskap by die sielkunde, die sosiologie en ander verwante wetenskappe aan.

**(b) Prosesdinamiek**

(i) *Op stuktuurwetlike vlak*

Aangesien die sosiologiese basis van die reg, naamlik die (regs-) behoefte wat ontstaan as gevolg van mensinteraksie, self onderworpe is aan veranderinge, spreek dit vanself dat die wetgewer die wet(te) ten aansien daarvan kan afskaf of wysig. Die waardesisteme en doelstellinge van opvolgende wetgewers kan ook verskil en sodoende afskaffing of wysiging tot gevolg hê.

As gevolg van die *stare decisis*-reël, naamlik dat 'n laer hof gebonde is aan die beslissings van 'n hoër hof, vorm die hoër hof se vorige beslissings deel van die struktuurwet vir die laer howe en ook (onder sekere omstandighede) vir homself.[69]

(ii) *Op funksiewetlike vlak*

In sy wese is die funksienorm altyd situasiegebonde en is die bestaan daarvan uniek – dit bestaan naamlik in die inwerkingstelling van 'n sanksie teen 'n besondere persoon. Die normatiewe proses gaan deur die fase van die "algemeenheid" van die struktuurnorm tot by die besonderheid van die funksienorm; dit is in 'n voortdurende proses van geval-tot-geval-beweging.

69 Vgl my artikel "Op die Voetspoor van die Wetgewingsproses: Dwingende en Aanwysende Bepalings" *Petere Fontes LC Steyn-Gedenkbundel* 74 98.

*"Den Namen praktisch darfst Du hier gar nicht nennen; wenn ein anderer als ich das Wort gehört hätte, so hätte dies Deine sofortige Ausschliessung zur folge gehabt. Bedeutung der Probleme für das Leben? Gibt es denn hier ein Leben? Hier herrscht nur die Reine Wissenschaft, die Rechtslogik, und die Bedingung ihrer Herrschaft und all der Herrlichkeit, die sie mit denn Leben nicht das mindeste zu schaffen hat"*
*Rudolf von Jhering "Im juristischen Begriffshimmel"* Scherz und Ernst in der Jurisprudenz *13e uitg 259*

# AANTEKENINGE

## HOE IS DIE AKSIE VAN AFHANKLIKES AFHANKLIK? – 'N BESINNING NA AANLEIDING VAN 'N STELLING IN MASIBA v CONSTANTIA INSURANCE CO LTD 1982 4 SA 333 (K)

### 1 Inleiding

Die opeenvolging van gebeure wat die raamwerk daargestel het waarbinne afhanklikes onlangs op grond van hulle broodwinner se dood aan beroerte, nadat hy aan buitengewone psigiese spanning onderwerp was, met 'n eis vir skadevergoeding teen 'n statutêre versekeraar ingevolge die MVV-wet geslaag het, sal seker van verskillende kante kommentaar ontlok. Ten einde te sê wat met hierdie stuiwer beoog word, moet eers vasgestel word wat in die *Masiba*-saak aan die orde was. Daarna kan die kwessie(s) waarop in hierdie bydrae veral toegespits word, na vore gebring word.

### 2 Die Masiba-saak

Vereenvoudig kom die verhaal op die volgende neer: Die oorledene was na 21h00 op 'n helder, Kaapse wintersaand per motor op pad huis toe. By hom in die motor was sy eggenote (eerste eiseres, namens haarself en die egpaar se minderjarige kinders; tweede eiseres is hulle meerderjarige dogter), hulle driejarige dogtertjie, haar maatjie en 'n agtienjarige familielid. Toe die motor onklaar raak, klim die drie grootmense uit en begin dit stoot. Vier mans daag daar op en help hulle om die motor tot bo-op 'n spoorwegoorbrug te stoot. Daarop probeer een van die vier die oorledene beroof. Eerste eiseres bemerk dit en storm na haar man om te help, dog word deur 'n verbysnellende motor omgestamp en kom in 'n beseerde toestand op die oorkantste sypaadjie te lande. Die oorledene, wie se aanvaller intussen die loop geneem het, snel toe sy wederhelf te hulp. Net toe hy haar bereik, bots 'n derde motor van agter teen die oorledene se voertuig en skiet dit dwarsoor die pad tot op die rand van die brug. Met 'n ontredderde kreet oor wat met die twee kleintjies in sy motor sou gebeur het, storm die oorledene in die rigting van sy motor. Hy word egter deur beroerte neergevel. Drie dae later sterf hy sonder dat hy weer sy bewussyn herwin het.

Die eiseresse slaag uiteindelik met hulle skadevergoedingseise teen die statutêre versekeraar van die derde motor. Om daarby uit te kom, moes die hof alleereers uitmaak dat die eiseresse wel afhanklikes met die vereiste onderhoudsaansprake teenoor die oorledene was (335E–H). Daarop word hier nie verder ingegaan nie. Verder moes die hof beslis oor die vraag of die eiseresse se skade in

die onderhawige omstandighede verhaalbaar is. Dit is in die loop van en in verband met die hof se positiewe bevinding hieroor dat waarnemende regter Berman die stelling gemaak het wat tot hierdie besinning gelei het. Die kwessie wat dit na vore laat kom het, is naamlik of die afhanklike, wie se broodwinner gedood is, se skuldoorsaak onder andere daarvan afhanklik is dat daar ook teenoor die oorledene onregmatig opgetree moes gewees het. 'n Tweede vraag, te wete of deliktueel relevante skok as gevolg van saakbeskadiging gely kan word, regverdig selfstandige bespreking in 'n verdere beoogde bydrae.

## 3 Het afhanklikes werklik 'n selfstandige skuldoorsaak vir hulle besondere aksie?

Hierdie vraag moet gesien word teen die agtergrond van die feit dat die skuldoorsaak waarop ingevolge die MVV-wet teen die versekeraar van die betrokke voertuig ageer word, 'n saamgestelde skuldoorsaak is. Dit is naamlik daarvoor onontbeerlik dat aan sowel die algemene, gemeenregtelike vereistes vir Aquiliese aanspreeklikheid as die besondere vereistes verorden deur die wetgewer voldoen word. Die vraag is dus of daar bo en behalwe daardie vereistes, wat in elk geval in gedinge ingevolge die MVV-wet bevredig moet word wanneer afhanklikes op grond van hulle onderhoudsverlies wil ageer, die verdere vereiste geld dat ook onregmatig teenoor die oorlede broodwinner opgetree moes gewees het? Hierdie vraag bring 'n ou kwessie na vore, naamlik of die afhanklike se aksie vir skadevergoeding as gevolg van onderhoudsverlies weens die dood van sy broodwinner berus op 'n onregmatige daad teenoor die broodwinner, of teenoor die afhanklike, of teenoor albei gepleeg.

Die hof laat hom in die *Masiba*-saak nie in soveel woorde oor die onregmatigheidselement van die eiseresse se skuldoorsake uit nie. Verder deel die hof nie uitdruklik sy standpunt mee oor die kwessie rakende die bestaan al dan nie van 'n verband tussen die afhanklike en sy broodwinner se posisies met betrekking tot onregmatigheid nie. Desnieteenstaande maak waarnemende regter Berman in verband met die voorsienbaarheidstoets 'n stelling wat dalk lig kan werp op die hof se onuitgesproke standpunt in verband met die onderhawige kwessie. (In par 10 en 11 word op moontlike ander betekenisse van die bedoelde stelling gewys.)

Waarnemende regter Berman stel dit dat die oorledene in die onderhawige feitestel, indien hy as psigies beseerde of verlamde bly leef het, volgens die huidige stand van die Suid-Afrikaanse reg self met 'n eis teen die statutêre versekeraar sou kon geslaag het (343G). Aangesien dit so is, vervolg hy dan dat "... there is no logical nor sensible reason why an action for damages should not be maintainable by the deceased's dependants where the harm occasioned him has led – not to his disablement – but to his death" (343H).

So wyd as wat waarnemende regter Berman se stelling geformuleer is, laat dit etlike vrae ontstaan waarvan die wortel is of dit nie 'n *petitio principii* behels nie. Is die vraag nie juis of en, indien wel, hoe die afhanklike se skuldoorsaak met 'n hipotetiese skuldoorsaak van sy broodwinner saamhang nie? Oor die beste antwoord op hierdie vraag bestaan daar verskillende menings en regter Berman

se redenasie kies oënskynlik in daardie debat 'n kant waarmee nie sonder meer akkoord gegaan kan word nie.

Dit is nie hier die plek om die verskillende, bekende standpunte oor hierdie kwessie weer te gee en te ontleed nie. (Daarvoor kan onder andere McKerron *The Law of Delict* (1971) 149 ev en Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976) 309 ev geraadpleeg word.) Sonder om die hele kwessie hier opnuut te beredeneer, moet een aspek daarvan egter tog uitgelig word.

In *Jameson's Minors v CSAR* 1908 TS 575 585 stel hoofregter Innes dit duidelik dat die anomaliese van die afhanklike se aksie vir hom daarin geleë is dat dit berus op die verbreking van 'n regsplig teenoor die broodwinner, terwyl die afhanklikes regstreeks hulle eie, oorspronklike aanspraak op skadevergoeding as gevolg van hulle onderhoudsverlies verkry. Hieruit lei McKerron (149) af dat daar *slegs* van pligskending teenoor die broodwinner sprake is en nie ook teenoor die afhanklike nie. Dit het hoofregter Innes egter nie gesê nie. Dit het in die *Jameson's Minors*-saak gegaan oor die vraag of 'n *pactum de non petendo* deur die broodwinner aangegaan, 'n aksie deur sy afhanklikes na sy dood kan ontsenu. Sou iemand wou aanvoer dat die afhanklikes sou kon dagvaar vir en slaag met hulle eis vir skadevergoeding indien hulle geen dienooreenkomstige skuldoorsaak daarvoor gehad het nie? Sekerlik nie – en vir die ontstaan van 'n deliktuele skuldoorsaak word kennelik onder andere onregmatigheid vereis, wat gewoonlik in reg- of pligskending gesoek word (kyk verder par 4 hieroor). Waarom sou die aksie van afhanklikes hiervan afwyk?

Hoe McKerron die gemelde afleiding uit hoofregter Innes se woorde in *Jameson's Minors* kon maak, is in elk geval onduidelik. Oor die grondslag vir die reël dat afhanklikes se aksie op 'n oorspronklike skuldoorsaak eie aan hulle berus, hoef hoofregter Innes daar niks te gesê het nie – en hy het ook nie. Hy het slegs die reël gestel en beslis dat die broodwinner se *pactum de non petendo* ten gunste van die verweerder nie die afhanklikes hulle skuldoorsaak teen die verweerder ontneem nie. Voeg daarby nog dat so 'n *pactum* nie die onregmatigheidsvraag raak nie – dit is immers geen regverdigingsgrond nie – en McKerron se afleiding word nog onbegrypliker.

## 4 Die onregmatigheidselement en die aksie van afhanklikes

Die ware grondslag vir die reël met betrekking tot afhanklikes se aksie is in die *Masiba*-saak nie van soveel belang nie. Nietemin is dit vir die verdere uiteensetting nodig om meer daaroor te sê.

Vir die voltooiing van 'n deliktuele skuldoorsaak vir afhanklikes word die normale vereistes vir die onregmatige daad *damnum iniuria datum* gestel. Dit beteken dat daar deur die verweerder se onregmatige en verwytbare gedraging redelikerwys voorsienbare vermoënskade vir die eiser veroorsaak moes gewees het (na aanleiding van Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) par 2). Dat hierdie skuldoorsaak kan ontstaan al is vir die eiser slegs sogenaamde suiwer vermoënskade toegebring, staan vandag, eers na 'n lang ontwikkeling, ook op an-

der terreine vas (Van der Walt par 24). Terloops kan daarop gewys word dat die feit dat afhanklikes se aksie nog altyd juis 'n aksie op grond van suiwer vermoënskade was, nooit as 'n beswaar daarteen vermeld is of oorweeg is as deel van die rede waarom hierdie aksie destyds as anomalies aangemerk is nie.

Benader 'n mens die onregmatigheidselement vanuit die oogpunt van die inbreukmaking op 'n subjektiewe reg (*Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 381F–383C; Van der Merwe en Olivier 53; Van der Walt par 24), moet die eerste vraag wees of die eiser 'n afhanklike met 'n vorderingsreg op onderhoud teen die oorledene was. Word die onregmatigheid van 'n gedraging in die verbreking van 'n regsplig gesoek (byvoorbeeld *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597B; *Universiteit van Pretoria*-saak 387A–B), is die eerste vraag logieserwys of die verweerder 'n regsplig teenoor die afhanklike verbreek het deur laasgenoemde se broodwinner te dood.

Wat nie ingevolge enige een van die pasgemelde benaderings in die eerste plek (of skynbaar hoegenaamd) gevra word nie, is of 'n subjektiewe reg van die oorledene ook geskend, of 'n regsplig teenoor die oorledene ook in die verloop van gebeure verbreek moes gewees het. Met die eerste oogopslag mag dit trouens oorbodig lyk om enigsins dieper te kyk as die afhanklike se reg of die plig teenoor die afhanklike. Daar word immers, sou selfregverdigend geredeneer kon word, aanvaar dat waar reeds 'n subjektiewe reg of 'n regsplig uitgekristalliseer het, vir die vasstelling van onregmatigheid net na die skending daarvan gekyk hoef te word (na aanleiding van die *Universiteit van Pretoria*-saak 383F). Hieronder sal egter aangetoon word dat die afhanklikes se posisie nie heeltemal los van hulle oorlede broodwinner se hipotetiese posisie beoordeel kan word nie, aangesien so 'n fragmentering van die oorsaaksfeitekompleks nie slegs werklikheidsvreemd is nie, maar tot uitholling van die aanvaarde beginselstandpunt oor onregmatigheid sal lei.

Intussen kan daarmee akkoord gegaan word dat die beste standpunt met betrekking tot onregmatigheid teenoor die afhanklike is dat die afhanklike se aksie op grond van onderhoudsverlies weens die dood van sy broodwinner, in eerste instansie op inbreukmaking op sy vorderingsreg op onderhoud berus (onder andere Van der Merwe en Olivier 323–329 verdedig hierdie siening). Diegene met hierdie standpunt laat hulle egter gewoonlik nie in soveel woorde uit oor die ander aspek van die probleem in verband met die aksie van afhanklikes nie, te wete of die afhanklike se skuldoorsaak onder andere ook daaraan onderhewig is dat teenoor die oorlede broodwinner onregmatig opgetree moes gewees het — soos hoofregter Innes immers in die *Jameson's Minors*-saak bevestigend gesê het. Al is dit so dat waar iemand gedood word daar meestal nie oor onregmatigheid met betrekking tot daardie gevolg gekibbel hoef te word nie, beteken dit allermins dat die onregmatigheidsvereiste nie altyd geld nie. Die blote feit dat dit in 'n gegewe geval nie nodig is om *praktiese hulpmiddels* soos die reg- of pligskendingbenadering aan te wend nie (*Universiteit van Pretoria*-saak 387B), beteken dus nie dat die veelgeroemde algemene aanspreeklikheidsbeginsels (*Universiteit van Pretoria*-saak 383C–E 387C), waaronder die onregmatigheidsvereiste, maar uit die oog verloor kan word nie. Ongelukkig laat juis die stilswye van die voorstan-

ders van die regskendingleer die indruk ontstaan dat die oortuiging is dat suiwerheidshalwe maar van die broodwinner se hipotetiese posisie vergeet moet word wanneer na onregmatigheid teenoor die afhanklike gevra word. Al waarop dit daarby sou aankom, is dan dat die afhanklike 'n subjektiewe reg op onderhoud teenoor die oorlede broodwinner moes gehad het, welke vorderingsreg deur sy dood geskend is.

## 5 Onregmatigheidsbevinding altyd die resultaat van 'n beleidsbesluit

'n Benadering soos wat hierbo geskets is, mag, soos hieronder aangetoon word, ten spyte van die oënskynlike suiwerheid daarvan in terme van die subjektiewe regmaatstaf tot onvoorsiene en onaanvaarbare resultate lei omdat dit die betrokke, relevante deliktuele oorsaaksfeitekompleks fragmenteer en die verskillende fasette daarvan dan té absoluut van mekaar wil losmaak. So 'n broksgewyse behandeling van die feite hou myns insiens onvoldoende rekening met die aanvaarde siening dat onregmatigheid wesenlik 'n behorens- of beleidskwessie is wat uitgemaak moet word aan die hand van die gemeenskap se regsoortuigings oor wat redelik in die besondere omstandighede is (kyk hieroor ook Van der Merwe en Olivier 325).

Hier, soos so dikwels in die skadevergoedingsreg die geval is, hang dit daarvan af of die aangeleentheid vanuit die oogpunt van die eiser of dié van die verweerder bekyk word. Dit bevoordeel naamlik die eiser as gestel word dat omstandighede wat die onregmatigheid van die doding van sy broodwinner uitsluit, nie teen sy eis teen die verweerder aangevoer en bewys kan word nie. Sodanige getuienis kan dan as getuienis insake *rerum inter alios acta* uitgesluit word. Vir die verweerder is so 'n standpunt uiters beswarend. Dit impliseer immers dat hy, ongeag die omstandighede waaronder die broodwinner gedood is (vir sover die ander *facta probanda* aanwesig is), onontkombare aanspreeklikheid teenoor die oorledene se afhanklikes sal oploop.

Die teenoorgestelde standpunt bevredig egter ewe min. Daarvolgens word die afhanklike se skuldoorsaak weer so nou met die oorlede broodwinner se hipotetiese skuldoorsaak geïdentifiseer, dat alle verwere wat die verweerder teen 'n hipotetiese eis van die broodwinner sou gehad het, vanselfsprekend ook teen die afhanklike se eis opgewerp kan word. Dit plaas weer die eiser in 'n baie swak posisie. Hy sal steeds gereed moet wees om hipotetiese verwere wat die verweerder teen 'n hipotetiese eis deur die oorlede broodwinner sou kon opgewerp het, die hoof te bied.

Die *impasse* waarin 'n mens met vooringenome standpunte oor die onderhawige kwessie kan beland, kan maklik geïllustreer word. Dit is naamlik goed denkbaar dat daar omstandighede rondom die doding van die broodwinner mag wees wat aandui dat hy regmatig gedood is. Dink byvoorbeeld hier aan noodtoestand, noodweer en vrywillige aanvaarding van die risiko van benadeling. In die aanwesigheid van dergelike omstandighede word ooreenkomstig die *boni mores* geoordeel dat die doding van die slagoffer 'n deliktueel irrelevante gevolg van die verweerder se gedraging is (in elk geval wat die oorledene se boedel betref).

Moet daar nou sonder meer aanvaar word — net omdat die slagoffer 'n broodwinner met onderhoudsverpligtinge blyk te gewees het — dat daardie omstandighede rondom sy dood skielik, vanselfsprekend nie meer van belang is nie omdat die blote feit van sy afsterwe voldoende grond is vir die bevinding dat sy afhanklikes noodwendig sodoende onregmatig benadeel is? Kan dit in ooreenstemming met die gemeenskap se regsoortuigings wees dat doding van 'n broodwinner noodwendig altyd onregmatig teenoor sy afhanklikes sal wees?

Teen so 'n vooringenome, eensydige oorbesorgdheid vir die posisie van afhanklikes spreek meerdere faktore: eerstens is daar die grondtrek van ons skadevergoedingsreg ingevolge waarvan skade in beginsel rus waar dit val; tweedens kan na die individualistiese grondtoon van ons skadevergoedingsreg verwys word wat ook in hierdie verband onder meer inhou dat in verband met elke eis oortuigend genoeg bewys moet word dat aan al die vereistes vir aanspreeklikheid voldoen is; derdens hou so 'n benadering onvoldoende rekening met die invloed wat die toenemende uitwerking van versekering op die *boni mores* mag hê want dit is nou eenmaal so dat die meeste broodwinners, ten minste finansieel gesproke, dood vir sommige van hulle afhanklikes meer werd is as lewendig. (Die feit van testeervryheid en die onopgeloste kwessie van naasbestaandeversorging in die erf- en of familiereg kan uiteraard nie hier bespreek word nie — in elk geval verhinder dit nie die voorgaande argument nie.)

Die beoefenaar van die skadevergoedingsreg moet in die onderhawige tipe geval besluit wie van die afhanklike, of die verweerder wat laasgenoemde se broodwinner gedood het onder omstandighede wat sou meebring dat dit met betrekking tot 'n hipotetiese skuldoorsaak van die oorledene 'n regmatige gevolg van sy gedraging was, die skade van die afhanklike se onderhoudsverlies moet dra. Voorwaar geen geringe taak nie en beslis nie een wat met te starre, vooropgesette idees aangepak moet word nie.

## 6 Verskillende moontlikhede krities beskou

Een moontlike benadering tot die bogenoemde probleem is, soos reeds hierbo geblyk het, om te stel dat daar met betrekking tot die aksie van afhanklikes aan die onregmatigheidsvereiste voldoen is wanneer dit blyk dat die afhanklikes 'n vorderingsreg op onderhoud teenoor die broodwinner gehad het, welke reg as gevolg van laasgenoemde se dood uiteraard nutteloos geword het. Sodoende word die onregmatigheidsbevinding dan gereduseer tot 'n meganiese kwessie van die aan- of afwesigheid van die nodige onderhoudsaanspraak teenoor die oorledene. Soos reeds hierbo geblyk het, is dit die algemene oortuiging dat die uitstaande kenmerk van die Suid-Afrikaanse skadevergoedingsreg sy soepelheid is (*Universiteit van Pretoria*-saak 387C). Die bogemelde denaturering van die onregmatigheidsvraag tot 'n min of meer meganiese kwessie verteenwoordig myns insiens die teendeel van so 'n soepele benadering aan die hand van algemene beginsels.

Dieselfde kernbeswaar van vooringenomenheid kan myns insiens ingebring word teen die benadering wat, miskien in oorreaksie teen die siening dat daar

geen verband tussen die broodwinner se hipotetiese posisie en die afhanklike se posisie bestaan nie, tot die ander uiterste gaan. Daarvolgens word dan vereis dat die oorledene self met 'n eis teen die verweerder kon geslaag het indien hy bly leef het, alvorens sy afhanklike 'n geldige skuldoorsaak teen die verweerder kan verkry. Hierdie benadering gaan uit van die volledige gelykskakeling van die oorledene se hipotetiese skuldoorsaak en sy afhanklike se skuldoorsaak. Hierdie koers is in die Engelse reg ingeslaan met die promulgering van die Fatal Accidents Act, 1846 – algemeen as "Lord Campbell's Act" bekend.

Ingevolge die pasgemelde wet kan die afhanklikes op grond van die dood van sekere verwante ageer mits die oorledene gedood is "... by a wrongful act, neglect or default, which is such as would (if death had not ensued) have entitled the party injured to maintain an action and recover damages in respect thereof ..." (Fleming *The Law of Torts* (1977) 649; Prosser *Handbook of the Law of Torts* (1971) 910 n 18). In die Anglo-Amerikaanse reg het die afhanklike dus in beginsel 'n skuldoorsaak wat afgelei is van 'n hipotetiese skuldoorsaak wat die broodwinner sou gehad het indien hy bly leef het (Fleming 142 650–651). Die afhanklikes se aksie bestaan egter, wanneer dit eers ontstaan het, as 'n selfstandige aksie voort. Dit verjaar op sy eie en staan ook wat die kwantum daarvan betref los van die oorledene se hipotetiese skuldoorsaak. Hierdie benadering impliseer dus dat die afhanklike se skuldoorsaak in alle konstitutiewe opsigte (dit wil sê met alle *facta probanda* daarvoor) die lotgevalle van die hipotetiese skuldoorsaak van die broodwinner deel.

Die volledige gelykskakeling-benadering gaan myns insiens te ver – en dit ten koste van die afhanklike eisers. Dit hou naamlik in dat selfs die bydraende skuld van die oorledene ter vermindering van die afhanklikes se eise opgewerp kan word, soos dit volgens die Anglo-Amerikaanse benadering in beginsel die geval is. (Die Suid-Afrikaanse wetgewer het in hierdie verband met die 1971-wysiging van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 'n beter koers ingeslaan.)

Dit kom voor of McKerron (72) in hierdie verband betreffende die aksessoriteitsvraag ooreenkomstig die Anglo-Amerikaanse benadering (kyk daaroor Fleming 142 158) redeneer. Hy betoog naamlik dat toestemming tot benadeling deur die broodwinner gegee, die afhanklike se aksie na die broodwinner se dood sal uitsluit. Die rede daarvoor sou dan wees dat sodanige toestemming meebring dat geen regsplig teenoor die broodwinner verbreek is toe hy gedood is nie. Hierbo is reeds daarop gewys dat so 'n benadering nog die vraag ooplaat of daar nie dalk tog onregmatig teenoor die afhanklike opgetree is nie.

Fleming (158) verwys na sekere Australiese wetgewing betreffende die aksie van afhanklikes, ingevolge waarvan die verweerder se aanspreeklikheid teenoor die afhanklike nie daaraan onderhewig is dat hy teenoor die oorlede broodwinner *aanspreeklik* sou gewees het nie. Daarvan sê hy (tap): "True ... the defendant must have been in breach of duty to the latter, but it need not have been actionable." Blote pligskending op sigself bring kennelik nog nie aanspreeklikheid teweeg nie, sodat hierdie siening al aanvaarbaarder lyk as die van die Engelse reg – maar gaan dit ver genoeg? Vir my lyk dit of so 'n benadering te veel op ra-

sionalisering berus om vir ons sterk beginselgeoriënteerde stelsel aanbeveel te kan word.

Om egter, in reaksie op die standpunt hier veral deur McKerron in die idioom van die regspligleer ingeneem, die regsplig tot 'n spieëlbeeld van 'n ooreenstemmende subjektiewe reg te reduseer en dit bloot daarby te laat (byvoorbeeld Van der Merwe en Olivier 129 *in fine*), los ook nie die hele probleem op nie. Voorts laat dit nie reg geskied aan die regspligmaatstaf vir die bepaling van onregmatigheid nie.

## 7 Die onregmatigheidskwessie en die regspligleer

Die regspligleer, van Engelsregtelike faam, het ook hier te lande inslag gevind (Van der Walt par 22; *Universiteit van Pretoria*-saak 387B). Dit gaan daarvan uit dat blote onagsaamheid, al het dit ook benadeling van 'n ander tot gevolg, nie tot aanspreeklikheid kan lei waar daar geen regsplig tot sorgsame optrede op die verweerder gerus het nie (Van der Walt tap). Daar word dan gesê dat so 'n regsplig bestaan so dikwels as wat 'n redelike man in dieselfde omstandighede as die verweerder die moontlikheid van benadeling van die slagoffer of die klas waartoe hy behoort (Fleming 141), sou voorsien het. Wanneer hierdie "formule" in die praktyk toegepas moet word, word dit egter eenvoudig as 'n beleidskwessie behandel (Van der Walt par 22 veral n 33).

Waar in verband met die regspligleer 'n sogenaamde "duty-issue" en "negligence-issue" onderskei word, handel die "duty-issue" (die regspligvraag) om niks anders as die bekende onregmatigheidselement nie. Al staan dit nie as sodanig in die Engelse reg op die voorgrond nie, speel die onregmatigheidselement dus tog deur middel van die regspligleer sy onmisbare rol as beleidsmaatstaf in die Engelse skadevergoedingsreg (*Hay or Bourhill v Young* 1943 AC 92 110; Fleming 135–138). Origens is dit gebruiklik dat beleidsbeslissings ook in die Suid-Afrikaanse skadevergoedingsreg in die vorm van die regspligleer gegiet word:

> "the device of reasoning on these lines helps to avoid the impression of delivering an unreasoned moral judgment *ex cathedra* as to how the injurer should have behaved. The duty of care fits conveniently into the reasoning process and even if it is no more than a manner of speaking it is a very useful one" (*Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corporation* 1956 1 SA 577 (A) 585E; en sien ook *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) 833C ev).

Hierbo is aan die hand gedoen dat die uitsluitlike beklemtoning van die feit dat die afhanklike se aanspraak op skadevergoeding uit die aantasting van sy vorderingsreg op onderhoud spruit, lei tot die eensydige benadering van die onregmatigheidskwessie uit die oogpunt van die eiser ten koste van die verweerder. Die onregmatigheidselement as objektiewe *ex post facto*-evaluering van die gevolge van 'n gedraging aan die hand van die redelikheidskriterium word sodoende deur vooringenomenheid in die vervulling van sy onontbeerlike funksie van beleidsmaatstaf gekortwiek.

In die Suid-Afrikaanse reg het die regspligbenadering bestaansreg naas en

aanvullend tot die regskendingbenadering tot die onregmatigheidsvraag, en albei "benaderings" is eintlik maar net praktiese metodes vir die vasstelling van wat ooreenkomstig die *boni mores* in gegewe omstandighede as redelike gevolgsveroorsaking aangemerk kan word. Nie een van hierdie metodes kan dus tot panasee vir alle onregmatigheidskwessies gemaak word nie. Trouens, daar kan benewens hierdie twee geykte metodes nog verdere metodes ontwikkel, soos regter Mostert in die *Universiteit van Pretoria*-saak (387B) laat blyk het. Indien 'n mens dus 'n enkele metode tot die eintlike metode sou verhef, of sou betoog dat daar 'n *numerus clausus* van praktiese wyses is om op 'n gegewe tydstip aan die gemeenskap se regsoortuigings oor redelike optrede in spesifieke omstandighede uitdrukking te gee, word die soepele onregmatigheidsmaatstaf daarmee in 'n (dalk puristiese) korset ingeforseer.

## 8 Onregmatigheid en die verband tussen die afhanklike se skuldoorsaak en sy oorlede broodwinner se hipotetiese skuldoorsaak

Die onregmatigheidsmaatstaf kan sy funksie as beleidsuitspraak slegs behoorlik vervul as daar nie by voorbaat sekere van die omstandighede rakende die gevolge van 'n gedraging van die aanwending daarvan uitgesluit word nie. Wat dus moet gebeur, is dat al die omstandighede betreffende die doding van die broodwinner oorweeg moet word wanneer die beleidsbesluit in verband met onregmatigheid geneem word. Dit beteken dat getuienis in verband met die omstandighede rondom die broodwinner se dood ook van belang is wanneer besluit moet word of die afhanklikes se benadeling weens onderhoudsverlies deliktueel relevant is. Hiermee word uiteraard nie geloënstraf dat een oorsaaksfeitekompleks regmatige en onregmatige gevolge kan hê nie. Al wat betoog word, is dat die soepele beleidsmaatstaf nie deur vooringenomenheid met betrekking tot die aksie van afhanklikes lamgelê moet word nie.

Daar kan dus, in die lig van die voorgaande, in hoofsaak akkoord gegaan word met diegene wat sê dat die afhanklike se skuldoorsaak in die Suid-Afrikaanse reg nie aksessoor is tot 'n hipotetiese, voltooide of gedeeltelik voltooide deliktuele skuldoorsaak van die oorlede broodwinner nie (byvoorbeeld Van der Merwe en Olivier 323–329). Hieraan moet egter dadelik 'n voorbehoud toegevoeg word. Die afhanklike se posisie wat die *factum probandum* onregmatigheid betref, kan naamlik nie heeltemal los van die omstandighede waaronder sy broodwinner gedood is, bepaal word nie. Is die broodwinner gedood onder omstandighede wat toon dat dit regmatig geskied het, sal dit noodwendig 'n rol speel by die vasstelling van die regmatigheid al dan nie van die afhanklikes se benadeling. Uitgedruk volgens die geykte praktiese metode van die regskendingbenadering, beteken dit dat die vraag of op 'n subjektiewe reg van die broodwinner inbreuk gemaak is toe hy gedood is, wel deeglik oorweeg moet word wanneer bepaal wil word of sy afhanklike se vorderingsreg op onderhoud geskend is deur hom te dood. Net so kan nie uitgemaak word of 'n regsplig teenoor die afhanklike verbreek is sonder om, onder andere, te oorweeg of in die gang van gebeure dalk 'n regsplig teenoor die oorlede broodwinner verbreek is nie.

Hierdie noodwendige betrokkenheid van die afhanklike se skuldoorsaak by die hipotetiese skuldoorsaak van sy oorlede broodwinner spruit daaruit dat die doding van die broodwinner vir albei daardie skuldoorsake bepalend is. Aangesien die onregmatigheidsoordeel berus op 'n objektiewe, *ex post facto*-beoordeling van *al* die omstandighede rakende die totstandkoming van die gevolgsfeitekompleks, sal dit 'n dwaling wees om te redeneer dat onregmatigheid met betrekking tot die afhanklike heeltemal los van onregmatigheid met betrekking tot die broodwinner vasgestel kan word. Daar kan ten ene male nie by voorbaat of kategories gesê word of die afhanklike se skuldoorsaak in 'n gegewe geval onafhanklik van sy oorlede broodwinner se hipotetiese skuldoorsaak ontstaan het nie – daarvoor moet eers aan die hand van die algemene onregmatigheidsmaatstaf na al die omstandighede rakende die gevolgsveroorsaking gekyk word.

## 9 Kom die bedoelde verband ook in die ander vereistes van die afhanklikes se skuldoorsaak na vore?

Benewens onregmatigheid en handeling (wat, omdat dit slegs die motoriese deel van die oorsaaksfeitekompleks raak, nie hier bespreek word nie), moet ook bevind word dat die verweerder vir sy gevolgsveroorsaking van regsweë verwyt kan en moet word. Hierdie is die skuldelement wat ten minste in die vorm van nalatigheid aanwesig bevind moet word. Dit beteken dat die verweerder op die tydstip en in die omstandighede waarin hy deur sy onagsame optrede die botsing wat uiteindelik tot die eiser se vermoënskade gelei het, begaan het (gesien die aard van die bedreigde belange, nut van die betrokke optrede, die kans van intrede en erns van die potensiële benadeling, die koste en moeite verbonde aan voorkomende optrede), anders opgetree het as wat van die redelike man in dieselfde omstandighede vereis word (*Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430 ev; *Lomagundi Sheetmetal and Engineering (Pvt) Ltd v Basson* 1973 4 SA 523 (RA) 524 ev). Aangesien nòg die spesifieke gevolge, nòg die kousale verloop van sake betrek is by die vraag of die redelike man in die omstandighede anders sou opgetree het as wat die verweerder wel gedoen het, is dit duidelik dat daar nie met betrekking tot die nalatigheidsvereiste 'n verband tussen die afhanklikes se skuldoorsaak en hulle oorlede broodwinner se hipotetiese skuldoorsaak bestaan nie.

Die ander skuldvorm, opset, hoef hier nie behandel te word nie aangesien enige verband wat daar tussen die afhanklike se skuldoorsaak en sy oorlede broodwinner se hipotetiese skuldoorsaak mag bestaan, bloot toevallig sal wees, in ooreenstemming met die besondere wilsgerigtheid van die verweerder.

In die *Masiba*-saak het die versekerde voertuig op 'n helder mooiweersaand, op 'n plek waar die goed verligte pad sonder enige sigversperring oor 'n brug loop, reg van agter gebots teen die oorledene se stilstaande motor waarvan die agterligte op die koop toe geskyn het en wat die tweede verweerder op 'n afstand van byna 190 meter moes gesien het. Dat laasgenoemde in hierdie feitestel vir sy onaanvaarbare onagsaamheid verwyt moes word, spreek vanself (*Masiba*-saak 339H). Dit werp egter geen verdere lig op die probleem hier onder bespreking nie.

In die *Masiba*-saak word daar ook vasgestel dat aan die vereistes van vermoënskade (344C–345A) en 'n feitelike kousale verband (341B–C en 342A) voldoen is. Ook nie uit een van hierdie twee vereistes kom enige verband tussen die afhanklikes se skuldoorsaak en 'n hipotetiese skuldoorsaak van hulle oorlede broodwinner aan die lig nie. Die skade- en kousaliteitsvereistes geld bloot vir albei sodanige skuldoorsake.

Dit is in verband met die vereiste van sogenaamde juridiese kousaliteit (*Minister van Polisie v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34G) dat daar weer tekens van 'n verband tussen die afhanklikes se skuldoorsaak en hulle oorlede broodwinner se hipotetiese skuldoorsaak aangetref word. In die *Masiba*-saak (341H–343 *in fine*) het die hof bevind dat daar ook aan die vereiste van juridiese kousaliteit voldoen is. Daar is dus bevind dat die gelede skade binne die grense val waarvoor die verweerder aanspreeklik gehou kan word. Die aanduidings van die bedoelde verband moet nou nader aangestip word.

## 10 Aanspreeklikheidsbegrensing en die verband tussen afhanklikes se skuldoorsaak en die oorlede broodwinner se hipotetiese skuldoorsaak

In die *Masiba*-saak is betoog dat die oorledene, indien hy slegs beseer sou gewees het, nie 'n voorsienbare eiser sou gewees het nie. Hy sou dus na bewering geen voltooide hipotetiese skuldoorsaak gehad het nie. Hiermee stem waarnemende regter Berman in sy uitspraak nie saam nie:

> "It seems to me that, whilst a reasonable man in the position of the driver of the motor vehicle insured by second defendant might not have foreseen that children could have been sitting in die stalled Cortina motor car ..., he ... ought to, and would, have foreseen that, among the bystanders there present, who must have been clearly visible standing about on the well-lit road, was the owner of that car ..." (342H).

Hierbo (par 3) is kritiese opmerkings met betrekking tot onregmatigheidsvasstelling gemaak na aanleiding van die moontlikheid dat waarnemende regter Berman se redenasie waarom die eisers wel 'n skuldoorsaak vir skadevergoeding het, mag berus op die uitgangspunt dat daar 'n aksessore verband tussen die afhanklikes se skuldoorsaak en die oorlede broodwinner se hipotetiese skuldoorsaak bestaan. Miskien het regter Berman egter met sy bedoelde redenasie iets heel anders in gedagte gehad. Dit is naamlik moontlik dat hy dit daar uitsluitlik oor die begrensing van reeds gevestigde aanspreeklikheid deur aanwending van die voorsienbaarheidsmaatstaf het (kyk 342A van die verslag; vgl ook Van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegrensingsmaatstaf in die Privaatreg* (1972) 1–3). As dit is wat die regter wou tuisbring (op 'n derde, moontlike betekenis van die bedoelde redenasie word in paragraaf 11 hieronder gewys), dan wou hy dalk bloot sê dat sowel die nadele voortvloeiende uit psigiese besering van die broodwinner (as hy hipoteties bly leef het) as gevolg van skok deur hom in omstandighede soos die onderhawige opgedoen, asook die afhanklikes se vermoënskade waar hulle broodwinner inderdaad as gevolg van die skok gesterf het, binne die grense van die redelike voorsienbare was. Sowel die werklike as daardie hipotetiese gevolge sou dan nadelige gevolge wees van die verweerder se on-

aanvaarbaar onagsame optrede waarvoor hy aanspreeklik gehou behoort te word – mits natuurlik ook aan die ander *facta probanda* voldoen is. Die rede vir hierdie enerse beoordeling van die grense van aanspreeklikheid sal dan daarin geleë wees dat die uiteindelike benadeling, na die oordeel van die hof, in die werklike en die hipotetiese gevalle redelikerwys voorsienbaar was en sou wees – al was die presiese besonderhede en omvang daarvan dalk nie voorsienbaar nie (na aanleiding van wat die hof meedeel op 343G ev).

As die voorgaande is wat waarnemende regter Berman in gedagte gehad het, kan daarmee weinig fout gevind word. Sy gedagtegang om by die genoemde, veronderstelde resultaat uit te kom, sou dan waarskynlik soos volg verloop het: Sedert *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1973 1 SA 769 (A) staan dit vas dat die maatstaf vir aanspreeklikheidsbegrensing in skokgevalle voorsienbaarheid is ("... the criterion for the recoverability of loss caused by negligence is foreseeability; the same principle determines liability for emotional shock" – regter Berman op 342B). Wat voorsienbaar moes wees, is die soort nadeel in die algemeen wat as gevolg van die onregmatige en nalatige gedraging van die verweerder vir die eiser sal intree, al was die besonderhede en omvang (asook die miskien sonderlinge kousale gang van sake, kan gerus bygevoeg word), nie met noukeurigheid voorsienbaar nie (kyk ook Fleming 155; Van Rensburg 56–59). Indien vasgestel is dat psigiese besering in die algemeen voorsienbaar was, kan die verweerder hom nie daaroor bekla as dit blyk dat die besonderhede en omvang van die gevolge van die skok, vanweë die slagoffer se buitengewone kwesbaarheid in daardie opsig, baie ernstig is nie. Die eierskedelreël geld dan (*Wilson v Birt (Pty) Ltd* 1963 2 SA 508 (D) 515–517; *Bester*-saak 779; *Masiba*-saak 342E–F). Die onderhawige was dan juis so 'n geval aangesien die oorledene as gevolg van langdurige hoë bloeddruk buitengewoon kwesbaar was in die betrokke omstandighede.

Drie aspekte van die voorgaande gedagtegang kan kortliks uitgelig word:

Die eerste is dat die vereiste nie is dat liggaamlike (*corpus*-) aantasting in die algemeen voorsienbaar moes gewees het nie. Die heeltemal algemene maatstaf het reeds 'n nadere spesifikasie bygekry. Sedert die *Bester*-uitspraak staan dit ook vir regslui vas dat die senuweestelsel net so deel van die mens se *corpus* as 'n arm of been is. Dienooreenkomstig sou, in ooreenstemming met die algemene maatstaf, verwag kon word dat die voorsienbaarheid van *corpus*-aantasting toereikend sou wees. Die strenger vereiste wat gestel word, te wete dat spesifiek *psigiese* besering voorsienbaar moes wees, is niks anders nie as 'n (arbitrêre) maatreël om 'n strenger perk as die normale op potensiële aanspreeklikheid weens skok te plaas (kyk ook Prosser 335). ('n Ewe onelegante reël, wat algemeen in verband met afhanklikes se aksie geld, is dat hulle opsluit 'n *gemeenregtelike* onderhoudsaanspraak moes gehad het – *Nkabinde v SA Motor & General Insurance Co* 1961 1 SA 302 (N).) Die rede vir arbitrêre reëls ter aanvulling van die voorsienbaarheidstoets moet sekerlik aan die ou-ou vrees vir oewerlose aanspreeklikheid toegeskryf word (kyk Fleming 154 oor die fragmentering van *corpus*-aantasting in fisiese en psigiese beserings).

Die tweede noemenswaardigheid is die vereiste wat onregstreeks gestel word dat die eiser 'n voorsienbare eiser moes gewees het. Dit hang saam met die sogenaamde leerstuk van die onvoorsienbare eiser wat juis in verband met skok as deliktuele skuldoorsaak ontstaan het (*Dulieu v White & Sons* 1901 2 KB 669 675) en wat vandag algemeen in die skadevergoedingsreg as 'n begrensingstegniek aangewend word (Van der Walt par 22). Oor die effektiwiteit van 'n begrensingsmetode wat 'n benadeelde persoon eenvoudig by nabaat buite die kring van potensiële eisers kan plaas, kan weinig twyfel bestaan. Nietemin kan slaafse navolging daarvan egter vanselfsprekend tot onbillike resultate lei (Van der Walt par 22 n 13). Gewoonlik sal sodanige resultate egter darem verhelp kan word, byvoorbeeld deur toepassing van die *res ipsa loquitur*-spreuk op die verweerder se weergawe van die gebeure. Abstrahering van sommige van die feite is 'n ander, natuurlike wyse om ongewenste resultate te voorkom. 'n Mate van generalisering met betrekking tot die leerstuk van die onvoorsienbare eiser ten einde eisers se posisie te verstewig, is juis al daarin te vinde dat dit slegs moet vasstaan dat die eiser tot die *klas* van voorsienbare eisers behoort – en nie dat hy self 'n spesifiek voorsienbare eiser moes gewees het nie (kyk ook Fleming 141).

'n Derde noemenswaardige aspek staan ook in verband met die leerstuk van die onvoorsienbare eiser en is vir die onderhawige kwessie van die verband tussen die afhanklike se skuldoorsaak en sy oorlede broodwinner se hipotetiese skuldoorsaak van besondere belang. Dit is naamlik dat daardie leerstuk op die grondslag van die "duty of care"-benadering verwoord word. Dit kom dus, só geformuleer, daarop neer dat daar geen verhaalsreg kan wees tensy die verweerder in die besondere omstandighede 'n regsplig teenoor die eiser gehad het nie. Of daar so 'n regsplig bestaan het, hang daarvan af of die verweerder die eiser willens en wetens benadeel het of so opgetree het dat redelikerwys verwag kon word dat hy benadeel sou word (*Dulieu*-saak 675). Die hof het in die *Dulieu*-saak gemeen dat hulle hier te make het met die "duty to take care"-toets soos dit in verband met die klassieke definisie van nalatigheid in die Engelse reg aangewend word (*Dulieu*-saak 675 685) – al betrek hulle selfs opsetlike benadeling daarby – en nie met "remoteness of damage" nie. Mettertyd het in die Engelse reg groot verwarring ontstaan oor die vraag of die leerstuk van die onvoorsienbare eiser nou met die nalatigheidselement of die aanspreeklikheidsbegrensingselement te make het (Havard "Reasonable Foresight of Nervous Shock" 1956 *MLR* 478 483 ev; Jolowicz, Lewis, Harris *Winfield and Jolowicz on Tort* (1971) 120). Dit kom voor of hieroor tans nog nie algehele helderheid in die Engelse reg bestaan nie.

Hoe dit egter ook al mag wees, staan tog vas dat 'n mens deur gebruikmaking van die regspligformulering 'n analogie tref met 'n baie effektiewe (dog moeilik voorspelbare) metode waarmee die groep potensiële eisers uit al die slagoffers van iemand se nalatige optrede binne perke gehou sal kan word. Hierdie funksie van die regspligformulering – oftewel die voorsienbaarheidsmaatstaf ten opsigte van aanspreeklikheidsbegrensing agter die mom van die regspligformulering – word verder versterk deurdat dit daarby nie bloot om die redelike voorsienbaar-

heid van die klas waartoe die slagoffer behoort se soort benadeling in die algemeen gaan nie. Dit gaan daarby immers ten diepste oor 'n balansering van die betrokkenes se individuele belange onderling en teenoor die gemeenskap se belange in die lig van wat in gegewe omstandighede 'n billike aanspreeklikheidsperk sal wees. Dat so 'n beleidsmaatstaf nie noodwendig altyd voorspelbare resultate sal oplewer nie was reeds duidelik uit lord Wright se voorneme in verband met die bevinding al dan nie dat 'n regsplig teenoor die betrokke eiser in daardie geval bestaan het:

> "The lawyer likes to draw fixed and definite lines and is apt to ask where the thing is to stop. I should reply it should stop where in the particular case the good sense of the jury or of the judge decides" (*Bourhill v Young* 110).

Aangesien die afhanklike se skuldoorsaak nie afgelei word van of aksessoor is tot die oorlede broodwinner se hipotetiese skuldoorsaak nie, moet uit die voorgaande nie afgelei word dat die broodwinner 'n voorsienbare eiser moes gewees het (al is dit hipoteties), alvorens dit billik sal wees om die verweerder aanspreeklik te hou ook vir die vermoënskade wat sy afhanklikes as gevolg van die broodwinner se dood gely het nie. Wat wel gesê kan word, is dat die grense van die verweerder se aanspreeklikheid teenoor afhanklikes van 'n broodwinner wat as gevolg van sy optrede gesterf het, nie vasgestel kan word sonder om te vra of hulle benadeling, toe die broodwinner gedood is, redelikerwys voorsienbaar was nie. Dit is nie moontlik om los van die daadwerklike omstandighede daaroor uitspraak te gee of dit in 'n gegewe geval genoegsaam voorsienbaar was dat die regstreekse slagoffer van iemand se nalatige gedraging afhanklikes mag hê wat vermoënskade as gevolg van sy dood mag ly nie. Die enigste alternatief vir hierdie benadering is om te werk met 'n arbitrêre en werklikheidsvreemde veronderstelling dat alle slagoffers (dit sal seker kinders ook moet insluit) wat sterf as gevolg van ander se nalatige optrede, vermoed word broodwinners te gewees het. So-iets is onaanvaarbaar.

Ingevolge die noodwendige feitelike verband wat daar tussen die afhanklike se skuldoorsaak en die hipotetiese skuldoorsaak van sy oorlede broodwinner bestaan (anders gestel: vanweë die verband tussen die afhanklike se skuldoorsaak en sy broodwinner se dood), is die vraag dus nie of die broodwinner 'n voorsienbare hipotetiese eiser sou gewees het nie, maar of die benadeling van afhanklikes as klas sodanig voorsienbaar was toe die broodwinner gedood is dat dit billik is om die verweerder ook daarvoor aanspreeklik te hou. Volgens die regspligformulering gestel, sal die verweerder dus 'n regsplig teenoor die afhanklikes gehad het so dikwels as wat die afhanklikes (as klas) se benadeling in die algemeen (as vermoënskade) so voorsienbaar was dat die verweerder op grond van 'n beleidsbesluit ook daarvoor aanspreeklik gestel behoort te word.

## 11 Slotstelling

In die *Masiba*-saak het die aksie van afhanklikes geslaag waar hulle broodwinner gesterf het as gevolg van psigiese skok wat hy opgedoen het toe sy motor, waarin sy klein kindjie en haar maatjie was, as gevolg van die nalatige bestuur van 'n

ander motor gestamp is. Daarmee is onomwonde (ofskoon onregstreeks) erken dat psigiese skok 'n deliktuele skuldoorsaak daarstel, nie slegs vir die onmiddellike slagoffer daarvan nie, maar ook vir sy afhanklikes as hy 'n broodwinner was en hy ten gevolge van die skok gesterf het.

Miskien wou waarnemende regter Berman met sy redenasie waarna reeds twee keer verwys is (par 3 en 10 hierbo), onder meer die aandag op die bogenoemde, nuwe toepassing van die algemene beginsels vestig. Indien wel, kan dit as 'n belangrike, dog logiese, uitvloeisel van die standpunte wat in *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy* gestel is, net verwelkom word.

CFC VAN DER WALT
*PU vir CHO*

## BORGSTELLING EN ARTIKEL 26(2) VAN DIE INSOLVENSIEWET

### 1 Agtergrond

Banke of ander finansieringsinstellings dring in die meeste gevalle daarop aan dat skuldenaars aan wie medium- of langtermynkrediet toegestaan word, sekerheid vir die nakoming van hulle verpligtinge moet verskaf. Persoonlike sekerheid, oftewel borgstelling, het in hierdie verband nog altyd 'n belangrike rol gespeel, veral waar die skuldenaars 'n privaat maatskappy met 'n minimale uitgereikte aandelekapitaal is. Solank die borg in staat is om te betaal, skep selfs die insolvensie en 'n daaropvolgende rehabilitasie van die hoofskuldenaar nie besondere probleme vir die skuldeiser nie (vgl arts 120(3) en 129(3)(d) van die Insolvensiewet 24 van 1936, wat die aanspreeklikheid van 'n borg uitdruklik behou in die geval van 'n akkoord met of die rehabilitasie van 'n insolvente hoofskuldenaar). Val die hoofskuldenaar se onvermoë om sy skuld te voldoen egter saam met die sekwestrasie van die borg se boedel, bevind die skuldeiser hom in 'n netelige posisie.

Een van die probleme waarmee die skuldeiser in so 'n situasie rekening moet hou, is die moontlike implikasies van artikel 26(2) van die Insolvensiewet 24 van 1936, wat soos volg lui:

> "'n Vervreemding van goed sonder teenwaarde wat kragtens hierdie artikel tot niet gemaak is of wat nie deur die insolvent volvoer is nie, gee aan die bevoordeelde nie die reg om met die skuldeisers van die insolvent se boedel te konkurreer nie."

Borge vir geldleners is soms familie of vriende of, waar die geldlener 'n privaat maatskappy is, gewoonlik die direkteure of aandeelhouers van die maatskappy. 'n Duidelike en direkte teenwaarde vir die borgstelling is dus in baie gevalle nie aan te toon nie. Word die borg se boedel nou gesekwestreer voordat hy betaal het, kan die verwysing na 'n onvolvoerde vervreemding sonder teenwaarde in artikel 26(2) beteken dat die geldskieter laaste in die "tou" van die borg se skuldeisers geplaas sal word.

## 2 Die betekenis van "vervreemding" en "volvoer" in artikel 26

"Vervreemding" is, vir doeleindes van die Insolvensiereg, 'n besonder wye begrip. Dit omvat, onder andere, nie maar net voldoeningshandelinge waardeur vermoënsverskuiwings van die een boedel na 'n ander bewerkstellig word nie, maar sluit ook in die *causae*, dit wil sê die kontrakte ten gevolge waarvan sodanige vermoënsverskuiwings plaasvind (sien die omskrywing van "vervreemding" in art 2 van die Insolvensiewet, saamgelees met die omskrywings van "goed" en "roerende goed"; vgl *Estate Jager v Whittaker* 1944 AD 246 250; *National Bank of South Africa v Hoffman's Trustee* 1923 AD 247 251; *Langeberg Koöperasie Bpk v Inverdoorn Farming and Trading Company Ltd* 1965 2 SA 597 (A) 602; *Cronje NO v Paul Els Investments (Pty) Ltd* 1982 2 SA 179 (T) 187, 192 ev). Teen hierdie agtergrond, en veral ook omdat die woord "volvoer" in artikel 26(2) alleen in die negatief gebruik word, skyn dit asof die gewone betekenis van die frase "'n vervreemding ... wat nie deur die insolvent volvoer is nie" dui op die situasie waar 'n verbintenis tot stand gekom het maar nog nie deur prestasie nagekom of voldoen is nie. 'n Aanknopingspunt vir so 'n uitleg is te vinde in *Langeberg Koöperasie Bpk v Inverdoorn Farming and Trading Company Ltd* (*supra* 602A) waar appèlregter Beyers met verwysing na artikel 26(2) verklaar: "Thus we also find, in sec 26 of the Act, which deals with the legal effect of dispositions without value, a reference to dispositions which were uncompleted by the insolvent at the time of his insolvency. This would clearly include a reference to contracts for the transfer of property in which no delivery has yet taken place." Weliswaar was die vraag in hierdie beslissing of 'n borgstelling kwalifiseer as 'n "vervreemding" vir doeleindes van artikel 26(1) ('n vraag wat bevestigend beantwoord is), maar die uitspraak laat geen ruimte vir 'n argument dat artikel 26(2) se "vervreemding" op 'n ander voet staan nie. Daar is eweneens geen aanduiding dat bogenoemde *dictum* beperk moet word tot kontrakte gerig op lewering van die een of ander bate in teenstelling met borgtog wat, volgens die appèlhof altans, gerig is op die betaling van 'n geldsom nie. Die aangehaalde woorde bied geen steun vir so 'n beperking nie en uit die analise hieronder sal dit blyk dat, vanuit 'n beleidsoogpunt beskou, die aard van die prestasie wat nog nie plaasgevind het nie, vir doeleindes van artikel 26(2) irrelevant is.

'n Skuldeiser met 'n insolvente borg sou miskien by artikel 26(2) probeer verbykom deur te argumenteer dat "volvoer," in die geval van borgtog, die betekenis het van "beliggaming in 'n deur of namens die borg ondertekende skriftelike dokument," soos vereis word vir die geldigheid van 'n borgkontrak deur artikel 6 van die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956. Vanweë die redenasie in die vorige paragraaf behoort so 'n argument in elk geval nie te slaag nie, maar dit is ook om 'n ander rede onaanvaarbaar. Weliswaar het appèlregter Diemont in *Wendywood Development (Pty) Ltd v Rieger* 1971 3 SA 28 (A) 41 beslis dat die frase "at the time of the making and completion thereof" (van 'n koopkontrak) in artikel 30 van die Kaapse "Transfer Duty Act" 5 van 1884 beteken "the time when all the terms have been agreed to in writing by the parties," maar die konteks was daar heel verskillend. Die "vervreemding van goed sonder teenwaarde

wat kragtens hierdie artikel tot niet gemaak is" in die eerste deel van artikel 26(2) en die "vervreemding van goed sonder teenwaarde wat nie deur die insolvent volvoer is nie" in die tweede deel van artikel 26(2) is duidelik een en dieselfde vervreemding. Lees mens nou "volvoer" om te beteken "die opstel van die borgakte vereis deur Wet 50 van 1956," dan word die eerste deel van artikel 26(2) heeltemal sinloos: hoe kan 'n borgverbintenis wat weens die nie-voldoening van 'n formaliteit nog nie bestaan nie, tot niet gemaak word? 'n Moontlike botsing tussen die getekende Afrikaanse teks van artikel 26(2) en die ongetekende Engelse teks is in hierdie geval ook nie belangrik nie. Die huidige artikel 26(2) is afkomstig van artikel 24(2) van die vorige Insolvensiewet 32 van 1916 (sien bv *Estate Conrad v Registrar of Deeds* 1930 CPD 323). Genoemde artikel 24(2) het reeds die woord "uncompleted" bevat en, soos appèlregter Williamson in sy minderheidsuitspraak op 608 van die *Langeberg*-saak gesê het: "In the prior Act, 32 of 1916, the English version was, however, the same as in the present Act and that was then the signed version ... But in view of the retention of the original English version ... the possible change in the Afrikaans version cannot be of any significant consequence." Die betekenis van "volvoer" behoort dus nie soseer in woordeboeke gesoek te word nie, maar eerder in die konteks soos hierbo gedoen is.

Bogenoemde uitleg word bestendig deur 'n analise van die oorwegings van regsbeleid onderliggend aan artikel 26. In die Romeinsregtelike tradisie word dit lank reeds as 'n grondbeginsel erken dat die belange van iemand wat *ex titulo lucrativo* verkry van 'n ander wie se laste sy bates oorskry of ten gevolge van so 'n verkryging *de facto* insolvent word, moet wyk voor dié van skuldeisers wat met die skuldenaar gehandel het terwyl hy nog solvent was (De Groot 2 5 3 *in fin*; Voet 42 8 5; Ankum *De Geschiedenis der actio Pauliana* (Zwolle 1962) *passim*, maar veral 79–80). Die behoefte aan die beskerming van skuldeisers teen vervreemdings sonder teenwaarde deur 'n insolvent vind hedendaags, afgesien van die steeds bestaande gemeenregtelike regsmiddels, uiting in artikel 26 van die Insolvensiewet. Met betrekking tot die oogmerk van hierdie bepaling kan verwys word na *Estate Wege v Strauss* 1932 AD 76 op 84 waar hoofregter Wessels verklaar: "The object of sec 24 [van Wet 32 van 1916, die ekwivalent van die huidige art 26] is not to prevent a person in insolvent circumstances from engaging in the ordinary transactions of life, but to prevent a person from impoverishing his estate by giving his assets away without receiving any present or contingent advantage in return" (sien ook De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 473; Smith *The Law of Insolvency* 120). Daar moet egter onthou word dat, soos hierbo aangetoon, die begrip "vervreemding" vir doeleindes van die Insolvensiereg regshandelinge van uiteenlopende aard omvat. Dit word dan ook ter oorweging gegee dat die behandeling wat vir skuldeisers kan voortspruit uit 'n vervreemding sonder teenwaarde kan verskil na gelang daarvan of die vervreemding in enige bepaalde geval byvoorbeeld 'n voldoeningshandeling is of bloot neerkom op 'n *causa* wat op so 'n handeling gerig is. By die voldoeningshandeling word die vermoënskompleks waarop skuldeisers 'n verhaal moet vind, verklein sonder 'n korresponderende toevoeging wat die transaksie as't ware vir die doeleindes van artikel 26 legitimeer. Klaarblyklik is vernietiging

van die vervreemding in so 'n geval die aangewese weg ter beskerming van skuldeisers. Waar dit egter gaan om 'n vervreemding wat bloot 'n *causa* vir 'n voldoeningshandeling uitmaak, is die moontlike benadeling van skuldeisers van 'n ander aard. Geen vermoënsverskuiwing het reeds plaasgevind nie en inderdaad kan die boedel nie sonder meer deur prestasie of 'n bevel tot daadwerklike vervulling verklein word nie (*Ward v Barret NO* 1963 2 SA 546 (A); De Wet en Yeats *op cit* 189). Bygevolg lê die benadeling van skuldeisers slegs daarin dat 'n verdere skuldeiser daarop aandring om te deel in 'n vermoënskompleks wat nie deur teenwaarde verstewig word nie. Die dividend van bestaande skuldeisers, wat per slot van sake met 'n solvent gehandel het, sal gevolglik op 'n onbillike wyse verklein word. Vir sover dit 'n vervreemding van laasgenoemde aard betref, wil dit voorkom asof vernietiging as regsmiddel oorbodig is omdat skuldeisers van die insolvent ten volle beskerm kan word deur 'n bepaling wat die verkryer sonder teenwaarde belet om met hulle mee te ding. Hierbenewens blyk dit egter dat vernietiging van die vervreemding in hierdie tipe geval onvanpas en ongewens is omdat dit die insolvent teenoor die verkryer sonder teenwaarde voordeel sal laat trek uit 'n regsmiddel wat die belange van laasgenoemde se skuldeisers op die oog het. Maatreëls ter beskerming van skuldeisers in hierdie konteks behoort nie verder te gaan as wat nodig is om hierdie oogmerk te bereik nie: daar skyn geen rede te wees om die belange van die verkryer sonder teenwaarde, wat tog nie met 'n handelingsonbevoegde gekontrakteer het nie, buite rekening te laat nie (vgl die opmerking van hr Wessels in *Estate Wege v Strauss* 1932 AD 76 84, hierbo aangehaal, en sien ook Ankum *De Pauliana buiten Faillissement* 172). Die botsende belange van die betrokkenes in hierdie situasie (vgl Ankum *op cit* 17) kan ten volle versoen word deur 'n konkurrensieverbod te koppel aan vervreemdingshandelinge wat nog nie deur 'n vermoënsverskuiwing voltooi is nie. Die skuldeisers van die insolvent word sodoende beskerm, maar tussen die insolvent en die bevoordeelde bly die onuitgevoerde verbintenis geldig, 'n reëling wat weliswaar in die lig van die omstandighede vir laasgenoemde miskien nie veel praktiese waarde het nie maar tog nie onsinvol is nie (vgl *Vather v Dhavraj* 1973 2 SA 232 (N)). Dit volg uit die voorafgaande dat deur die woord "volvoer" in artikel 26(2) te verstaan soos hierbo betoog is, hierdie artikel in 'n besonder effektiewe instrument ter verwesenliking van regsbeleid omskep word.

Dit is verder insiggewend om daarop te let dat die wetgewer dit nodig geag het om te bepaal dat 'n vervreemding wat ingevolge artikel 26 tot niet gemaak word, nie aan 'n bevoordeelde die reg gee om met skuldeisers van die insolvent te konkurreer nie. Hierdie bepaling skep die indruk dat, juis ten einde die belange van die skuldeisers en die bevoordeelde waarna hierbo verwys is, te versoen, vernietiging van 'n vervreemding wat 'n voldoeningshandeling is, nie die geldigheid van die onderliggende *causa* raak nie. (Indien dit nie die geval was nie, sou 'n verbod op konkurrensie hier immers oorbodig gewees het. Sien ook die gedagtegang, weliswaar *obiter*, in *Ruskin NO v Barclays Bank DCO* 1959 1 SA 577 (W) 585, en vgl Whiting 1978 *SALJ* 25 26; Lewis 1978 *Annual Survey of South African Law* 178 217–8.) Selfs ná vernietiging behou die bevoordeelde dan 'n eis teen die insolvent, maar dan net op die basis dat hy nie as 'n konkurrente skuldeiser kwa-

lifiseer nie. Die feit dat die regsgevolge gekoppel aan die situasie waar 'n gelewerde prestasie teruggestort word in die insolvente boedel en die bevoordeelde gelaat word met 'n eis teen die insolvent, dieselfde is as dié waar 'n vervreemding nog nie volvoer is nie, is 'n verdere aanduiding dat die uitleg van die woord "volvoer" wat hierbo aan die hand gedoen is, die korrekte is.

Die implikasies van bogenoemde uitleg van artikel 26(2) vir die situasie waar 'n borgstelling gerugsteun word deur 'n verband gepasseer deur die borg (soos dikwels in die praktyk gebeur) kan geriefshalwe hier aangeroer word. Uit wat hierbo gesê is, volg dit dat sowel die borgstelling as die verbandgewingsooreenkoms vervreemdings is wat nog deur prestasie "volvoer" moet word. Juis omdat "volvoer" egter die betekenis dra van prestasie ter voldoening van 'n verbintenis kan dit nie gesê word dat die verbandgewingsooreenkoms of die registrasie van 'n borgverband neerkom op "volvoering" van die borgverbintenis vir doeleindes van artikel 26(2) nie. In elk geval sou so 'n uitleg nie veel aan 'n borgskuldeiser se posisie verander nie. Die "volvoerde" vervreemding sou tot niet gemaak kan word sodat die skuldeiser steeds maar kragtens artikel 26(2) met 'n konkurrensieverbod opgeskeep sou sit.

## 3 Die implikasies van artikel 33(1) van die Insolvensiewet

Uit die bespreking van artikel 26 van die Insolvensiewet hierbo blyk dit dat die wetgewer bewustelik gepoog het om 'n balans tussen die belange van alle betrokkenes tot 'n vervreemding sonder teenwaarde te bewerkstellig. Ook relevant in hierdie verband, en spesifiek dan met betrekking tot die beskerming van die belange van die teenparty van die insolvent, is artikel 33(1) van die wet, wat só lui:

> "Iemand wat *as vergoeding* vir 'n vervreemding wat kragtens artikel 26, 29, 30 of 32 tot niet gemaak kan word, *goed* of 'n sekuriteit wat hy besit het, *afgestaan het* of 'n reg teenoor 'n ander persoon verloor het, dit is, as hy te goeder trou gehandel het, nie verplig om enige *goed of ander voordeel* wat hy deur die vervreemding verkry het, terug te gee nie, tensy die kurator hom weens die afstand van daardie goed of sekuriteit of verlies van daardie reg skadeloos gestel het" (ons beklemtoning).

In die enigste gerapporteerde beslissing oor hierdie bepaling in sy huidige vorm, naamlik *Ruskin NO v Barclays Bank DCO* 1959 1 SA 577 (W), is bevind dat die verwerende bank hom *in casu* nie daarop kon beroep nie omdat hy nie die hoogs waarskynlike insolvensie van die skuldenaar ondersoek het nie (584), hoewel daar 'n bewyslas te dien effekte op hom was (583).

As 'n geldskieter met 'n insolvente borg sy goeie trou in bogenoemde verband kan bewys, ontstaan die vraag nou of hy hom nie miskien in verband met die onderhawige probleem op artikel 33(1) sal kan beroep nie. Die argument sou soos volg wees: die bank of ander finansieringsinstelling het "goed" afgestaan (dit wil sê die uitgeleende som geld betaal) as vergoeding vir 'n borgstelling wat ter syde gestel kan word onder artikel 26(1), en is dus nie verplig om sonder 'n skadeloosstelling die ander voordeel (sy vordering teen die insolvente borg) terug te gee nie.

Artikel 33(1) is 'n voorskrif wat via artikel 32(1) van die vorige Insolven-

siewet 32 van 1916 teruggryp na artikel 90 van Ordonnansie 6 van 1843 (K). Laasgenoemde voorskrif is 'n besonder woordryke en obskure bepaling (sien *Van der Westhuizen's Trustee v Steyn* (1895) 12 SC 313, 315), maar die strekking daarvan blyk uit die enkelparagraaf-uitspraak in *Friedlander v Thorne's Trustee* 1876 Buch 72. Friedlander het 'n promesse teruggegee aan die maker daarvan in ruil vir 'n betaling en sodoende regte teenoor 'n endossant verloor. Toe die betaling aangeveg word deur die kurator van die maker, beroep Friedlander hom op artikel 90, en na 'n reeks skermutselinge (sien *Thorne's Trustee v Friedlander* 1875 Buch 81 en 167) word beslis dat ingevolge artikel 90 "plaintiff is entitled to judgement [teen die insolvent se kurator] for an amount equal to what he would have recovered if he had not by the insolvent's conduct been induced to give up the promissory note in question" (1876 Buch 72, 73). Die *ratio* wat hieruit blyk, en wat ook tot uiting kom in artikel 33(1), is dat die verkryer van 'n vervreemding sonder teenwaarde op 'n bepaalde manier beskerm word teen die skuldeisers van die insolvent in sekere gevalle waar hy ten gevolge van die vervreemding op 'n bepaalde wyse tot sy nadeel gehandel het (vgl De Wet en Yeats *op cit* 472). Die verkryer te goeder trou sonder teenwaarde word naamlik net as beskermenswaardig beskou waar hy "goed of sekuriteit wat hy besit het, afgestaan het of 'n reg teenoor 'n ander persoon verloor het." Hierdie handeling moes verder gewees het "as vergoeding" ("in return for") vir 'n vervreemding wat kragtens artikel 26 tot niet gemaak kan word. In sodanige omstandighede is die verkryer dan nie verplig om enige goed of ander voordeel wat hy deur die vervreemding ontvang het terug te gee tot tyd en wyl die kurator hom skadeloos stel teen die nadeel uit genoemde handeling nie.

Of 'n borgskuldeiser kwalifiseer vir die beskerming van artikel 33(1) is problematies. In die eerste plek skyn dit asof die artikel volgens sy bewoording slegs betrekking het op volvoerde vervreemdings, want slegs dan sal daar werklik sprake kan wees van iets ten opsigte waarvan die verkryer die "weerhoudingsreg" waaroor hy beskik ten einde skadeloosstelling te verkry, kan uitoefen. Aan die ander kant is dit egter so dat die woord "ander voordeel" wat naas "goed" gebruik word, ruimte laat vir die argument dat 'n onvolvoerde vervreemding binne die bestek van die bepaling val, al sou daar dan in sodanige gevalle alleen in 'n oneigenlike sin van 'n terughou van die voordeel sprake kon wees. In die tweede plek kan daar twyfel bestaan daaroor of daar in die situasie waarin 'n borgskuldeiser homself bevind, sprake kan wees van die *nexus* tussen die handeling van die verkryer en die vervreemding wat deur artikel 33(1) in die vooruitsig gestel word. Dit is natuurlik so dat die skuldeiser ongetwyfeld nie die uitgeleende geld sou uitbetaal het sonder dat die borgakte onderteken is nie, en dat daar minstens 'n oorsaak-en-gevolg-verband met die afstaan van die goed bestaan. Dit is egter argumenteerbaar dat die frase "as vergoeding" meer as 'n blote kousaliteitsverband veronderstel. Die suggestie is dié van 'n wederkerigheidsverband, dit wil sê dat die ontvanger se handeling 'n *quid pro quo* vir 'n teenprestasie deur die vervreemder moet uitmaak. Die bewoording van artikel 33(1) vir sover dit reeds in oënskou geneem is, is dus nie duidelik en ondubbelsinnig nie. In die afwesigheid van ander aanwysings sou daar dus ruimte kon wees vir die argument dat

die *ratio* van artikel 33(1) ook 'n borgskuldeiser kan dek en dat die speelruimte wat dubbelsinnige taalgebruik aan die uitlegger bied dienooreenkomstig ten gunste van die skuldeiser benut behoort te word (sien Steyn *Die Uitleg van Wette* 5e uitgawe deur Van Tonder e a 119 e v ivm teleologiese uitleg). So 'n argument word egter hokgeslaan deur die oorweging dat "goed" in artikel 33(1) beperkend uitgelê behoort te word ten einde dit in verband te bring met die frases "sekuriteit wat hy besit het" en "reg teenoor 'n ander persoon verloor het." Hieruit blyk dit dat die nadeel vir die verkryer waarom dit hier gaan direk moes voortgespruit het uit die vervreemding self en wel omdat 'n alternatiewe verhaalsbron vir die vordering ten gevolge van die vervreemdingshandeling in die gedrang kom. (Dit was duidelik die bedoeling gewees met art 90 van Ordonnansie 6 van 1843; en vgl ook die feitestelle in *Friedlander v Thorne's Trustee* 1876 Buch 72; *Van der Westhuizen's Trustee v Steyn* (1895) 12 SC 313; *Hattingh and Co v De Wet* (1904) 21 SC 1; *Ruskin NO v Barclays Bank DCO* 1959 1 SA 577 (W).)

Alhoewel hier dan vir 'n beperkende uitleg van artikel 33(1) betoog word, word geredelik toegegee dat 'n borgskuldeiser te onderskei is van ander verkryers sonder teenwaarde in dié opsig dat daar steeds sprake sal wees van 'n voorskot tot voordeel van die hoofskuldenaar. Hierdie oorweging mag denkbaar daartoe lei dat 'n hof die vaagheid in die bewoording van artikel 33(1) ten gunste van die borgskuldeiser kan benut deur middel van 'n ekstensiewe uitleg van die vereistes vir die beskerming wat die bepaling aan die verkryer sonder teenwaarde verleen. Die billikheidsoorwegings ten gunste van die borgskuldeiser word egter onses insiens reeds ondervang deur die betreklik wye betekenis wat vir doeleindes van artikel 26 aan die begrip "teenwaarde" gegee word (sien die opmerkings in par 4 hieronder en vgl Bam 1968 *SALJ* 9 11). In die lig hiervan sou 'n ekstensiewe uitleg van artikel 33(1) ten gunste van die borgskuldeiser waarskynlik te ver gaan.

## 4 Die begrip "teenwaarde" en die verband tussen artikel 26(1) en artikel 26(2)

In die lig van die voorafgaande wil dit voorkom asof artikel 26(2) wel ernstige implikasies vir finansieringsinstellings kan hê. Om vas te stel presies hoe ingrypend sodanige implikasies in die praktyk kan wees, is dit egter nodig om verder op sekere aspekte van die begrip "teenwaarde" in te gaan. Interessant is bv die vraag of die voorwaardelike regresreg wat 'n borg onder sekere omstandighede teen die hoofskuldenaar mag hê (sien De Wet en Yeats *op cit* 351) as "teenwaarde" vir die doeleindes van artikel 26 aan te merk is. Hierbenewens is dit ook nodig om te bepaal of "vervreemding sonder teenwaarde" soos bedoel in artikel 26(2) veronderstel dat die vervreemder ten tyde van die handeling *de facto* insolvent moes gewees het of dat sy laste sy bates ten gevolge daarvan oorskry het.

Die aanvaarde beginsels oor die algemene inhoud van die begrip "teenwaarde" in artikel 26 hoef nie hier herhaal te word nie, maar dit moet net beklemtoon word dat die bestaan van teenwaarde grootliks 'n feitevraag is wat afhang van die omstandighede van elke besondere geval (sien De Wet en Yeats *op cit* 474; Mars *The Law of Insolvency in South Africa* 207–208; Smith *op cit* 121–122). Daar kan

dus nie sonder meer gesê word dat 'n borgstelling noodwendig 'n vervreemding sonder teenwaarde daarstel nie (vgl Bam 1968 *SALJ* 9 11). Daar moet verder daarop gewys word dat dit nie nodig is dat die teenwaarde moet kom van die persoon aan wie die vervreemding gemaak is nie (*Hurley and Seymour v W H Muller & Co* 1924 NPD 121, 133, as goeie gesag aanvaar deur Mars *op cit* 207 en Smith *op cit* 121, en vgl *Goode, Durrant & Murray Ltd v Hewit & Cornell* 1961 4 SA 286 (N) 291). Dit maak die deur oop vir die argument dat die borg se voorwaardelike regresreg teen die hoofskuldenaar wel "teenwaarde," afkomstig van die hoofskuldenaar, is. Die borg sal dan niks armer wees ná die suksesvolle uitoefening van hierdie regresreg nie (wat mens laat dink aan die "verarmingstoets" wat soms ivm art 38 van die Maatskappywet 61 van 1973 toegepas word, maar ten opsigte waarvan daar geen analogie getrek kan word nie). Verdere (indirekte) steun vir hierdie argument kan miskien in artikel 30(2) van die Insolvensiewet gevind word.

Hierdie argument is egter nie houdbaar nie. In *Proksch v The Master* 1969 3 SA 46 (N) het regter James op 60 die volgende oor die waarde van 'n borg se regresreg te sê gehad: "In so far as he [die borg] has a conditional claim against the insolvent company at any stage, the value of that claim must at all times depend upon the likelihood of his paying the principal creditor. If he has no intention of paying the principal creditor before a distribution is made to the company's creditors ..., it seems to me that at that stage the condition upon which his claim is based – the possibility that he will pay the principal creditor – does not operate in relation to that distribution. His conditional claim may well remain in suspense for consideration when a subsequent distribution is made, but since the condition upon which the claim to participate in the current distribution is wholly in suspense because there is no possibility that he will pay the principal creditor before the distribution takes place, his claim does not, at that stage, carry the right to demand a dividend. In my judgment, therefore, the value of the applicant's claim, as at the date of distribution in terms of the first liquidation and distribution account, must be held to be nil." By appèl (1969 4 SA 567 (A) 584) is dit onnodig gevind om op hierdie aspek in te gaan, maar is nietemin bevind dat 'n borg se voorwaardelike vordering, synde ongelikwideer, nie onder artikel 48 van die Insolvensiewet bewys kan word nie en dat dit ook onder artikel 78(3) slegs erken of geskik kan word as die skuldeiser sy vordering teen die hoofskuldenaar se insolvente boedel terugtrek of die skuld deur ooreenkoms tussen skuldeiser en borg verdeel word. Dit lyk dus onwaarskynlik dat hierdie regresreg as 'n genoegsame of redelike teenwaarde beskou sal word (sien ook *Van der Merwe v Kock* 1930 CPD 320 321 maar vgl Forsyth *Caney's Law of Suretyship* 146–8 vir kritiek, in 'n ietwat ander verband, teen die *Proksch*-beslissings). Dit is ook te betwyfel of die behoud van die *beneficium cedendarum actionum* deur die borg hieraan enige verskil sal maak, maar dit is in elk geval standaardpraktyk dat van hom verlang word om van die *beneficia divisionis, excussionis* en *cedendarum actionum* afstand te doen. Dit is denkbaar dat hierdie gevolgtrekking anders mag wees waar medeborge deur die skuldeiser beding is en hulle solvent is.

Indien artikel 26(2) as 'n losstaande voorskrif beskou word, mag die indruk

ontstaan dat die toepassing daarvan nie noodwendig vereis dat die vervreemder reeds ten tyde van die vervreemding insolvent moes gewees het of daardeur *de facto* insolvent moes geword het nie. Die gevolge van die bepaling vir 'n borgskuldeiser sou dan inderdaad ingrypend wees. Artikel 26(2) mag egter onses insiens nie in isolasie gelees word nie, maar moet in samehang met artikel 26(1) uitgelê word.

Artikel 26(1) lui soos volg:

> "Elke vervreemding van goed sonder teenwaarde kan deur die hof tot niet gemaak word as daardie vervreemding gedaan is deur 'n insolvent – (a) *meer as twee jaar voor die sekwestrasie van sy boedel en bewys gelewer word dat onmiddellik na die vervreemding die skulde van die insolvent sy bate te bo gegaan het;* (b) *binne twee jaar voor die sekwestrasie van sy boedel en die persoon wat kragtens die vervreemding 'n vordering inbring of wat daardeur bevoordeel is, nie kan bewys nie dat onmiddellik na die vervreemding die bate van die insolvent sy skulde te bo gegaan het:* Met dien verstande dat as bewys word dat die skulde van die insolvent te eniger tyd na die vervreemding sy bate te bo gegaan het met minder as die waarde van die vervreemde goed, die vervreemding slegs tot die hoogte van daardie oorskot tot niet gemaak kan word" (ons beklemtoning; en sien *Goode, Durrant & Murray Ltd v Hewitt & Cornell* 1961 4 SA 286 (N) 291–292 oor die voorbehoudsbepaling).

Na ons mening moet die frase "vervreemding sonder teenwaarde" in artikel 26(2) gelees word onderworpe aan die deur ons beklemtoonde gedeelte van artikel 26(1), met ander woorde artikel 26(2) se bepaling in verband met nie-voldoende vervreemdings sonder teenwaarde tree slegs in indien die vervreemder se bates onmiddellik na die vervreemding (*in casu* sy borgstelling) deur sy laste oorskry word (met die bewyslas afhanklik van die twee jaar-termyn). Aangesien finansieringsinstellings sekerlik die solvensie van hulle voornemende borge ondersoek, bring hierdie uitleg mee dat artikel 26(2) nie juis besonder beswarend vir hulle is nie, behalwe dat hulle met 'n bewyslas opgesaal word indien 'n betrokke borg binne twee jaar na borgstelling gesekwestreer sou word.

Wat spreek vir hierdie uitleg? Eerstens die gebruik van die woord "insolvent" in die frase "wat nie deur die insolvent volvoer is nie," waardeur geïmpliseer word dat die vervreemder (borg) ten tye van die vervreemding insolvent moes gewees het. Tweedens die *uno contextu*-argument reeds hierbo in par 2 gebruik: die "vervreemding sonder teenwaarde wat tot niet gemaak is *kragtens hierdie artikel*" (dws art 26(1)) en die "vervreemding sonder teenwaarde wat nie volvoer is nie," dra duidelik dieselfde betekenis. 'n Vervreemding sonder teenwaarde kan slegs tot niet gemaak word as bewys van insolvensie ten tyde van die vervreemding gelewer word (of, indien sekwestrasie binne twee jaar volg, as die vermoede van insolvensie nie weerlê kan word nie): die nie-konkurrering van 'n nie-volvoerde vervreemding kan ook slegs in dieselfde omstandighede intree. Derdens, 'n argument gebaseer op die doel van artikel 26. Soos in par 2 beklemtoon is, is 'n botsing van belange grondliggend aan artikel 26. So 'n botsing van belange tussen 'n borg se skuldeisers ontstaan slegs indien die borg as gevolg van die betrokke transaksie nie meer in staat is om sy verpligtinge na te kom nie en 'n *concursus creditorum* (*Walker v Syfret* 1911 AD 141 160) ontstaan. Vierdens

blyk dit uit 'n hele aantal *dicta* van die howe dat hulle ook aanneem dat dít inderdaad die posisie is. Ons verwys na die frase "in insolvent circumstances" in die *dictum* uit *Estate Wege v Strauss* wat in par 2 aangehaal is, na die sinsnede "at the time of his insolvency" in die *dictum* uit die *Langeberg*-saak wat aan die begin van par 2 te vinde is, en na die volgende stelling in *Estate Conrad v Registrar of Deeds* 1930 CPD 323, 324: "... transfer duty had not yet become claimable from her when her husband's insolvency, which had the effect of wiping out the donation, supervened" (sien ook *Linden Duplex (Pty) Ltd v Harrowsmith* 1978 1 SA 371 (W) 373H–374A).

Met betrekking tot die pas bespreekte insolvensievereiste moet ten slotte ook uitsluitsel verkry word oor die vraag hoe die borg se "voorwaardelike las" kragtens 'n onbeperkte borgskap in berekening gebring moet word. Hierdie probleem spruit enersyds uit die opvatting dat die borg se aanspreeklikheid afhanklik is van die voorwaarde dat die hoofskuldenaar kontrakbreuk pleeg, en andersyds uit die onsekerheid in verband met waardering van voorwaardelike vorderings ingevolge artikel 48 van die Insolvensiewet (sien veral Smith *op cit* 225). Daar moet hier in gedagte gehou word dat persone wat met die oog op sekerheidstelling by 'n ander se verbintenis betrek word, hulself gewoonlik aanspreeklik stel as "borge en mede-hoofskuldenaars." Alhoewel so 'n skuldopname na ons mening in die reël – in elk geval solank 'n hoofskuldenaar geïdentifiseer kan word – nie die voorwaardelike aard van die borg se aanspreeklikheid raak nie (vgl *Cold Cathode Illuminations (Pty) Ltd v Ephron* 1978 1 SA 463 (A) 472 B–C en De Wet en Yeats *op cit* 348), kan daar tog gevalle wees waar die partye se bedoeling die teenoorgestelde tot gevolg het (sien *Trans-Drakensberg Bank Ltd v The Master* 1962 4 SA 417 (N)). Klaarblyklik sal die borglas dan in sodanige gevalle op die volle omvang van die hoofskuld getakseer moet word ten einde te bepaal of die borgstelling neerkom op 'n vervreemding sonder teenwaarde deur 'n insolvent. Vanweë die onsekerheid inherent aan die Insolvensiewet se meganisme vir die waardering van voorwaardelike vorderings (sien Smith *loc cit*), skyn hierdie benadering ook die aangewese te wees waar die borg se verpligting as 'n voorwaardelike te bestempel is. So 'n werkswyse by die beoordeling van die aanvaarbaarheid van 'n borg laat 'n ruime veiligheidsmarge vir die borgskuldeiser en kan grootliks die gevare van artikel 26 ontlont. In ieder geval is dit argumenteerbaar dat artikel 48 nie vir doeleindes van artikel 26 relevant is nie. Eersgenoemde bepaling het dit oor die waardering van vorderings wat die konkurrensieverbod van artikel 26 vrygespring het. Die insolvensievereiste in artikel 26, daarenteen, gaan bloot om die vraag of die betrokke transaksie die belange van skuldeisers in die gedrang bring omdat die verweerder *de facto* insolvent is of geword het ten gevolge van 'n vervreemding sonder teenwaarde. By hierdie opweging van die bates en laste van die vervreemder behoort die borglas, ongeag die voorwaardelikheid daarvan, eweneens op die omvang van die hoofskuld getakseer te word. Die voorwaardelikheid van die borg se aanspreeklikheid in hierdie verband het betrekking bloot op die afdwingbaarheid al dan nie van die borgverpligting en nie op die omvang daarvan nie (sien Forsyth 148 n 104).

## 5 Gevolgtrekking

Dit lyk dus asof 'n finansieringsinstelling in die praktyk die gevare van artikel 26(2) kan minimaliseer deur seker te maak dat 'n borg vir een van sy skuldenare ten tyde van die borgstelling inderdaad solvent is, dit wil sê meer bates as laste het. Die enigste risiko wat dan reëel skyn te wees, is dié van 'n bewyslas indien die borg se boedel binne twee jaar na borgstelling gesekwestreer sou word. Bowendien moet in gedagte gehou word dat, soos reeds hierbo gesê is, daar nie noodwendig 'n afwesigheid van teenwaarde by *alle* borgstellings sal wees nie, maar dat dit 'n feitelike vraag is wat op grond van die omstandighede van elke geval beantwoord moet word. Indien 'n geldskieter in 'n gegewe geval tog 'n uitbetaling aan 'n hoofskuldenaar sou maak op 'n tydstip wat die borg in werklikheid insolvent is, bestaan daar 'n moontlikheid dat die skuldeiser hom op artikel 33(1) sal kan beroep. Hierdie moontlikheid is onses insiens egter nie sterk nie.

GF LUBBE
AH VAN WYK
*Universiteit van Stellenbosch*

# THE DEMISE OF MISREPRESENTATION AS CAUSE OF ACTION ALLEN v SIXTEEN STIRLING INVESTMENTS (PTY) LTD RECONSIDERED

The facts appear to be almost classic: X's agent points out to Y property A with a view to a sale and subsequently a contract is entered into whereby X purports to sell to Y property B. The Romans said that when I think I am buying the Cornelian estate while you think you are selling the Sempronian, there is no sale. Had this been the complete situation, the answer would have been provided by the *Digest*. But there was an added complication created by the prescribed formalities and the full facts were as follows:

On 5 March 1972, Myburgh Petrus Pienaar indicated to a certain Allen a property for sale in Amanzimtoti. For this purpose, Pienaar was acting as the duly authorised agent of Corlett Drive Estates (Natal) (Pty) Ltd who had been employed to dispose of the property by Sixteen Stirling Investments (Pty) Ltd. Four days later, a director of this company, Cramer, signed an agreement of sale in Durban which was then transmitted to Johannesburg and signed by Allen on 14 March 1972.

In this agreement, the property was described as

> "Sub 7 of lot 90 of Umlazi Native Location No. 4676 situated in the Borough of Amanzimtoti, County of Durban, Province of Natal in the extent 1322 square metres"

and its description was further amplified by a diagram annexed to the contract.

Once the contract had been concluded, Allen discovered to his great consternation that the property pointed out to him was closer to the sea than the one described in the agreement and he maintained that had he known the true position, he would not have purchased the property. He therefore decided to sue the seller for the return of instalments already paid, totalling R1 350.

Had this been the end of the matter, once again the answer would have been simple – Allen would have been entitled to the setting aside of the contract and restitution as a result of a negligent or innocent misrepresentation. The snare here was clause 16 of the agreement:

> "The parties hereto acknowledge that this agreement constitutes the entire contract between them and that no other conditions, stipulations, warranties or representations whatsoever have been made by either party or their agents other than such as may be included herein and signed by the parties."

The plaintiff did not rely expressly on misrepresentation. It is difficult to determine what he did rely on, as he simply claimed that the wrong property had been pointed out; that had he known this, he would not have purchased it; that he had received no benefits under the sale and that in the premises the agreement of sale was null and void and the defendant obliged to refund the sum of R1 350 (1974 4 SA 164 (D) 165G–H).

It is obvious that the plaintiff wished to avoid misrepresentation because of the clause in the contract but if, as he claimed, the contract was null and void *ab initio*, his remedy would have been one of unjustified enrichment and a case should have been made out accordingly. Be that as it may, however, it was accepted that the plaintiff was relying on a mistake. The court considered that the mistake was a mutual one but it seems to me that Ramsden is correct in describing it as a unilateral mistake. However (1975 *SALJ* 139), the fact that such a dispute could arise is perhaps important. If there had been no written contract (assuming that to be possible) and the parties had agreed upon the sale of a plot of land pointed out in the circumstance mentioned above, it seems clear that a mutual error would have been involved, for the seller would have envisaged one plot of land and the purchaser another. As a result of the misrepresentation, the mistake would obviously have allowed the purchaser to avoid liability under the contract. It is my submission that the written contract alters the picture entirely and that, with respect, insufficient attention was paid to this factor in the case.

The parties entered into a written agreement because this was required by statute, but by doing so they also clearly intended that the written agreement would reflect all the terms of the contract between them. There was, at least according to the report, no fundamental or other misrepresentation concerning the nature of the contract itself or its terms and it must be assumed that the purchaser entered into the contract with his eyes open. That means that he assented to the contents of clause 16, quoted above. Now he knew perfectly well that a representation had been made in the pointing out of the property, yet he was prepared to agree that no representation had been made and that was a fundamental term of the contract. By appending his signature to an agreement containing that clause,

he was in effect waiving his rights to complain of the result of any misrepresentation made to him.

Counsel for the defendant contended that:

> "[W]hat had been alleged was no more than a unilateral mistake induced by an innocent misrepresentation on the part of the defendant's agent, that the true cause of action was the misrepresentation and that the provisions of clause 16 of the agreement precluded the plaintiff from advancing that cause of action" (166 E–F).

It is clear that this reasoning was based on the Appellate Division decision of *Trollip v Jordaan* 1961 1 SA 238 (A) where a plaintiff complaining that the boundaries of a farm had been inaccurately pointed out to him, was confronted with a similar exemption clause. Hoexter JA dealt with this as follows:

> "[T]he mere fact that [an innocent misrepresentation] results in a unilateral mistake on the part of the representee can make no difference to its effect. After all, every misrepresentation inevitably causes a mistake on the part of the representee" (252 G).

Having reached this conclusion, he went on to state:

> "The appellant relies on his own unilateral error, not by itself, but because it was induced by a misrepresentation. In such a case it is the misrepresentation which is the true cause of action. No doubt the pleader wished to avoid reliance on a misrepresentation as such by reason of the provisions of clauses 1 and 8 of the deed of sale, but he cannot improve his position by relying on the mistaken belief which is the inevitable result of the misrepresentation" (254 B–C).

The court in *Allen's* case was clearly confronted with some difficulty here and Howard J disposed of it in the following manner:

> "In my view the true cause of action in this case is mutual *error in corpore* and the allegations to the effect that it arose because the agent pointed out the wrong property are only relevant to show that error was *justus*. I do not think that this conclusion is in conflict with the majority judgment in *Trollip v Jordaan*, *supra*. The conclusion of the majority that the cause of action in that case was misrepresentation was based on a finding that the parties were *ad idem* as to the identity of the *merx* and the alleged mistake was a unilateral one flowing inevitably from a misrepresentation concerning the condition or quality of the *merx*. On that view of the pleadings Hoexter JA was not dealing with an essential mistake which touched the reality of the purchaser's assent to the contract" (167H–168A).

The minority in Trollip's case considered that an *error in corpore* was involved but it does not really matter whether it was that or an *error in substantia* because the important point is that the mistake was material – and it appears that it must have been if the purchaser went to such lengths in an attempt to vindicate his rights. At any rate, it seems that the mistake in *Trollip's* case was at least as material as that in *Allen's* case. As the property, objectively seen, could only have been that envisaged by the seller in terms of the contract, only *Allen* was mistaken and it is submitted that the cases are very similar.

However, the court in *Allen's* case held that the cause of action was not misrepresentation but mistake, presumably because it maintained that it was

dealing with an essential error vitiating consent, where the court in *Trollip's* case was not. The judge therefore appeared to distinguish *Trollip's* case but in fact it is submitted that the decision in *Allen's* case amounted to nothing more than a departure from a previous and binding appellate division decision.

This was not the end of the matter, however, for, as a result of the approach adopted by the court in *George v Fairmead (Pty) Ltd* 1958 2 SA 465 (A) 471B–D, more than a mere mistake is normally required in order for a party to escape liability under a contract. The argument put forward in *Allen's* case was, therefore, that the mistake had been induced by the misrepresentation of the seller and was accordingly *justus*. Here too, the court was confronted by the problem that, in terms of the agreement, no misrepresentation had been made and furthermore, it had already been held in *Trollip's* case:

> "Once it is clear that the parties, in terms of the deed of sale, intended to buy and sell the property defined in the deed, it becomes impossible to infer, from the contract itself, that the parties intended to limit the meaning of the words 'no representations whatsoever'. These words clearly refer to any kind of misrepresentation which would, but for those words, have prejudiced the position of the respondent. They obviously cover the misrepresentations relied on in the present case which induced a unilateral error as to the area of the afforested land included in the property. They would, in my opinion cover any innocent misrepresentation whatever, irrespective of the particular mistake induced by the misrepresentation. If the particular representation complained of is covered by the words in clauses 1 and 8, then no mistaken belief induced by such representation can have any effect on the deed of sale" (256C–E).

In *Allen's* case, Howard J held in this regard that:

> "The learned judge considered that the cause of action pleaded would only have rendered the contract voidable and it was therefore unnecessary for him to decide whether the exemption clauses would also have been effective to prevent the appellant from relying on a mistake which rendered the contract null and void *ab initio*. In my respectful opinion the *dicta* of Hoexter JA on the latter question were obiter" (170 B–C).

It is submitted that this reasoning is not free from defect. In *Trollip's* case the court held that in such circumstances the cause of action is misrepresentation. If the representation is covered by an exemption clause in the contract, no mistaken belief induced by it can affect the contract.

The court held in the circumstances that the representation was excluded by the contract and the mistaken belief consequently of no effect; it did not distinguish void and voidable contracts depending on the cause of action – its findings were general. It is submitted that the dismissal of the court's opinion as a mere *obiter dictum* is unjustified and that it was in fact binding on the Durban and Coast Local Division.

Even assuming that the previous decision was not binding, however, the court was still confronted with a misrepresentation and an exclusion clause. Plaintiff's counsel adopted the argument that clause 16 was of no use to the defendant because the mistake had vitiated consent to the whole contract, including

the exclusion clause. This was apparently based on the contention of PMA Hunt that:

> "(a) *Prima facie* it would seem that the vice taints consent to the whole contract, including the exemption clause. All the terms of contract together regulate the contract's object, and it is difficult to see how the consent can but stand or fall as a whole. It seems impermissible to find a separate untainted consent to the exemption clause" (1961 *Annual Survey* 95, quoted in *Allen's* case at 171A).

This passage was quoted by the court in *Allen's* case and approved subject to the proviso that "vice" be taken to mean something rendering the contract void *ab initio*.

I have previously pointed out (1982 *SALJ* 207) that this appears to have ignored the context of the quotation. Hunt went on to state:

> "Moreover, it is difficult to see why this reasoning should be restricted to vices of consent which render the contract void (as does Turpin, *Annual Survey*, 1959, pp 60–1); the vices merely grounding voidability must equally hit the *whole* contract.
>
> (b) From the viewpoint of policy it would no doubt be quite untenable to apply (a) logically; that would mean that parties could never exclude reliance on vices of consent – could never exclude that zone of uncertainty from the ambit of their contractual relations (cf Turpin, *op cit* p 61).
> (c) At the same time, it must be remembered that these exemption clauses are often embodied in standard form contracts, and also that they purport to exclude defences and claims which exist because it is considered inequitable in certain circumstances to hold parties to contracts they do not really intend.
> (d) It is submitted that some *via media* has to be found between the extremes of disallowing exemption altogether and permitting it under a general provision" (95).

It is clear, therefore, that the court adopted only a truncated portion of the argument. No mention was made of the *via media* approach suggested by Hunt and no attempt was made to establish whether this was the type of clause which *policy* required to fail. It is not clear from the report whether a standard form contract was involved, but even if that were the case, nothing was made of this in argument – at no stage did the plaintiff contend that he had not read or understood the agreement, or that he had been forced to sign it even though he did not agree with everything contained in it. On this basis it seems that *Janowski v Fourie* 1978 3 SA 16 (O) can be distinguished. Hunt's solution to the problem is to require the exclusion clause to be specific – ie to exclude that very representation which has given rise to the mistake and this approach has been expanded by JR Harker 1981 *SALJ* 194 who maintains that *Allen's* case was correctly decided because the true cause of action was mistake and the exclusion clause involved was general rather than specific. Ramsden considers *Allen's* case correct because "... as the error was induced by the seller, it could not rely on the objective interpretation of the contract and had to allow the purchaser to set up the mistake" (140). Kerr simply states that "the clause shares the fate of the rest of the transaction, and, if no contract comes into being, the clause has no effect" (*The Principles of the Law of Contract* 3 ed 206) and this takes the matter no further. In a more recent article

(1983 *SALJ* 15), he reiterates his view, still considering *Allen's* case and *Janowski's* case on the same footing, maintaining that *Allen* is not in conflict with *Trollip* and suggesting it does not matter whether the clause is general or specific as "one cannot interpret a non-existing clause" (18). Christie, although considering the mistake a mutual one, also regards the contract as void *ab initio* (*The Law of Contract in South Africa* 326).

It seems either that the problem has been given insufficient attention or that too little weight has been accorded to the actual contract signed by the parties in *Allen's* case and that the words of Innes CJ should have been borne in mind:

> "Men who freely and deliberately sign written contracts cannot afterwards be heard to say that they are not bound because they did not read them first" (*Hughes v Levy* 1907 TS 276 278).

That is, in effect, all that Allen could have said, for he freely and voluntarily agreed, in the face of facts to the contrary, that no representation had been made. (The judge assumed that a representation had been made and it appears that the pointing out falls within the definition of representation.)

I have suggested that the ultimate concern lies with the intention of the parties, (*op cit* 206) and if this approach is adopted, *Allen's* case does not prove problematical – the parties must be held bound to what they have agreed. In this respect, it seems that the approach of Miller J in *Soobramoney & Ano v Acutt & Sons (Pty) Ltd* 1965 2 SA 899 (D) is helpful:

> "There is in my opinion a high degree of probability that it was the intention of plaintiffs and of defendant that, upon conclusion of the contract of sale in terms of the offer, the defendant would be entitled to the benefit of, and plaintiffs would be bound to defendant by, the undertaking to hold it free from liability in respect of the matters referred to in clause 8 [ie extent and locality of the property]" (907C–D).

Here the question was whether the plaintiff could rely on a misrepresentation made by the defendant in erecting a sign on the wrong stand in the face of a clause which freed the defendant from such liability. It is submitted that the importance of this approach is not, as suggested by Harker, (205) that the exemption clause was specific enough to include the particular representation, but that the court has paid regard to the intention of the parties in entering the contract. If the same test is applied to *Allen's* case, it could be said that there is a high degree of probability that the parties intended that no misrepresentation would allow either of them to escape liability under the contract and the sale was of that property described in the written agreement. Once a party has assented to such a clause, it is submitted that, in the absence of some inducement to agree to that clause, there is no reason why he should be able to avoid its consequences. There is another point which was raised by the court and that is whether consent to part of the contract only could be tainted. It is submitted, in the light of the above analysis, that it is actually unnecessary to consider this point. The court quoted the passage from the article by Hunt who argued that there could not be one con-

sent to the exemption clause and another to other terms of the contract. The court went to make the somewhat remarkable statement that:

> "There seems to be no legal or practical difficulty in taking the [Hunt's] argument to its logical conclusion, namely that the parties to a contract can never validly agree, in terms of the contract, that such 'vice of consent' will not affect its operation" (at 171 B).

The import of this statement is that the parties to an agreement cannot agree to exclude the operation of a mistake which would render the contract null and void *ab initio*. On the other hand, they can apparently exclude the operation of an *error in substantia* as a result of a misrepresentation which only renders the contract voidable. It is submitted that not only is this an unprecedented judicial interference with the freedom of contract but that there is no logical justification for allowing the exclusion of some errors and not others (assuming they are equally material). The court supported this by reference to the somewhat dubious authority of *Maritz v Pratley* 11 SC 345 and a *dictum* from an English case, considered below. Much of the authority for the decision was derived from the minority decision in *Trollip's* case, which seemed to be upheld by the present court.

It is submitted that there is no difficulty in separating consent to the formal provisions of the contract and the substantive ones. Every contract must have formal provisions which may be required to stand even when the (substantive) contract itself fails. Such clauses are those involving consent to jurisdiction or choice of *domicilium citandi* or, interestingly enough, the subject of the *dictum* chosen by the court to support its argument, arbitration clauses. The court quoted from *Heyman v Darwins Ltd* 1942 AC 356 366:

> "If the dispute is as to whether the contract which contains the clause has ever been entered into at all, that issue cannot go to arbitration under the clause, for the party who denies that he has ever entered into the contract is thereby denying that he has ever joined in the submission. Similarly, if one party to the alleged contract is contending that it is void *ab initio* (because, for example, the making of such a contract is illegal), the arbitration clause cannot operate, for on this view the clause itself is void."

It is submitted that there can be no objection to this reasoning and that what it really indicates is that a formal provision will fall together with a contract only where there is some dispute whether the contract was ever concluded or where the entire contract is tainted with illegality. In *Allen's* case, however, it cannot be contended that the contract was never entered into. Nor, it is submitted, can it be argued that the contract was void *ab initio*, for the true cause of action, according to the appellate division in *Trollip's* case, must be misrepresentation. It is submitted that there is no basis on which to argue that sometimes the cause of action is misrepresentation and sometimes mistake. Where there has been a causal misrepresentation, it is that which ultimately gives rise to the action.

In conclusion, it is submitted that had there been no clause 16 in the contract or had there been an element of fraud, Allen would have relied on the

misrepresentation which had been made and he would have been successful. The complexity which has risen out of this, and other cases, has been caused by plaintiffs who seek to escape the consequences of their contracts by claiming that in fact their cause of action is based on mistake. It is respectfully submitted that the convoluted approach which has been followed by courts and writers has done nothing for the jurisprudence of contract.

A BECK
*University of Transkei*

*Allen, die zig op de kennis van eenige wetenschap, welke zij dan ook zijn moge, begeeren toe te leggen, behooren zig tot eenen algemeenen regel voor te stellen, dat zij beginnen moeten, met de grondbeginselen dier wetenschap te leeren, en zig dezelven volkomen eigen te maken, eer zij zig met het lezen van uitgebreide werken, of het behandelen van geschilpunten, tot het wetenschap betrekkelijk, inlaaten*
*Van der Linden* Koopmans Handboek *Inleiding par 1*

# VONNISSE

## EX PARTE FRIEDGUT 1983 2 SA 336 (T)

*Beginnerskursus in Latyn – kwalifikasie vir toelating as advokaat*

Die volbank van die Transvaalse hof het – net soos die Natalse hof (*per* regters Leon en Van Heerden) in *Ex parte Barnard* 1982 2 SA 70 (N) – voor die vraag te staan gekom of 'n persoon wat in 'n beginnerskursus in Latyn (in teenstelling met Latyn I) geslaag het, voldoen aan die Latyn-vereiste vir advokaatskwalifikasie wat deur artikel 3 van die Wet op die Toelating van Advokate 74 van 1964 gestel word. En net soos die Natalse hof beantwoord die Transvaalse hof hierdie vraag bevestigend. Die vraag is egter of hierdie antwoord onderskryf kan word.

Die betrokke artikel bepaal, vir sover dit hier ter sake is, soos volg:

> "3(1) Behoudens enige ander wetsbepalings, moet 'n afdeling 'n persoon toelaat om as advokaat te praktiseer en magtig om as advokaat ingeskryf te word wat by 'n aansoek deur hom gedoen die hof oortuig
>
> (a) ...
> (b) dat hy behoorlik gekwalifiseer is;
> (c) ...
> (d) ...
>
> (2)(a) 'n Persoon wat –
>
> (i) aan al die vereistes vir die graad *baccalaureus legum* van 'n universiteit in die Republiek voldoen het nadat hy 'n studiekursus vir daardie graad van minstens vyf jaar gevolg het en wat in minstens een kursus in die Afrikaanse taal, minstens een kursus in die Engelse taal en minstens een kursus in die Latynse taal wat deur so 'n universiteit vir 'n *baccalaureus*-graad voorgeskryf of erken word, geslaag het; of
>
> (ii) nadat hy aan al die vereistes vir 'n ander *baccalaureus*-graad as die graad *baccalaureus legum* van 'n universiteit in die Republiek voldoen het of nadat hy tot die status van so 'n *baccalaureus*-graad deur so 'n universiteit toegelaat is, aan al die vereistes vir die graad *baccaleureus legum* van so 'n universiteit voldoen het nadat hy studiekursusse vir daardie grade vir minstens vyf jaar in die geheel gevolg het en wat in minstens een kursus in die Afrikaanse taal, minstens een kursus in die Engelse taal en minstens een kursus in die Latynse taal wat deur so 'n universiteit vir 'n *baccalaureus*-graad voorgeskryf of erken word, geslaag het."

Die kursus in Latyn waarom dit in die geding gegaan het en wat bekend staan as "Latin preliminary," word deur die betrokke universiteit, die Universiteit van die Witwatersrand, as 'n krediet vir die BA-graad erken. Die vraag wat die hof moes beantwoord, was dus of die kursus "Latin preliminary" van die Universiteit van die Witwatersrand 'n "kursus in die Latynse

taal" is soos bedoel deur die aangehaalde subartikel (2).

Die Johannesburgse balieraad het betoog dat die gemelde vraag bevestigend beantwoord moet word. Ten behoewe van die Pretoriase balieraad wat die standpunt verdedig het dat daardie vraag ontkennend beantwoord moet word, is egter 'n argument aangevoer wat daarop neerkom dat die woorde "een kursus in die Latynse taal wat deur so 'n universiteit vir 'n *baccalaureus*-graad voorgeskryf of erken word," verwys na 'n kursus in Latyn wat reeds ten tyde van die wysiging van die Wet op die Toelating van Advokate (deur Wet 39 van 1977) aldus voorgeskryf of erken is. (Hierdie argument sou slegs dan waardevol wees as dit sou blyk dat die kursus "Latin preliminary," toe die Wet op die Toelating van Advokate in 1977 gewysig is, *nog nie* 'n graadvak was nie. Dit blyk egter nie uit die uitspraak wat die status van "Latin preliminary" destyds was nie.)

Die hof verwerp hierdie argument, deur onder meer 'n ondersoek in te stel na die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse wetgewing met betrekking tot die toelating van advokate. Met verwysing na hierdie geskiedkundige agtergrond van die Wet op die Toelating van Advokate 74 van 1964 verklaar die hof soos volg (349–350):

> "This prior legislation and the circumstances which comprise the historical background to the present Admission of Advocates Act 74 of 1964, as amended, do not throw any light on the construction of the two subparagraphs. They do not show why the Legislature introduced the three language qualifications and why the standard fixed for them was 'not less than one course ... prescribed and (*sic*) recognized by' the particular university for a *Baccalaureus* degree. What the prior legislation, however, does show is that the Legislature never interfered with the curricula and the requirements of educational institutions and boards for the qualifications prescribed and required by the Legislature for the admission of advocates. There is nothing in the Admission of Advocates Act 74 of 1964, as amended, to justify the conclusion that the Legislature in the case of the two subparagraphs intended to interfere with the curricula and requirements of the particular universities for courses in the relevant three languages prescribed or recognized for a *Baccalaureus* degree by not allowing the university to change the curricula and requirements after the subparagraphs came into operation as far as prospective applicants for admission as advocates are concerned.
>
> In the final result the Court must reject the contention advanced on behalf of the Society of Advocates, Transvaal, and hold that the words used by the Legislature in subparas (i) and (ii) of para (a) of ss (2) of s 3 are clear and unambiguous and that there exists no satisfactory reason for departing from their ordinary and natural meaning. The Court must therefore construe them as manifesting the true intention of the Legislature.
>
> 'Latin preliminary' is a course in the Latin language prescribed or recognized by the University of the Witwatersrand for a *Baccalaureus* degree and thus falls within the terms of subparas (i) and (ii)."

Na ons mening het die hof tereg die bogemelde argument van die Pretoriase Balieraad verwerp, onder meer omdat dit tot die absurde resultaat sou lei dat 'n universiteit wat tydens die gemelde wysiging van die Wet op Advokate nog nie bestaan het nie (byvoorbeeld die Universiteit Vista) of wat destyds nog nie Latyn aangebied het

nie, glad nie advokate sou kon oplei nie.

Die hof se standpunt hou in dat 'n universiteitsbeginnerskursus in Latyn 'n kursus is soos bedoel in artikel 3 van die Wet op die Toelating van Advokate, *mits* daardie kursus deur die betrokke universiteit erken of voorgeskryf word vir 'n *baccalaureus*-graad. Hiervolgens is dit volkome irrelevant of die betrokke kursus *na inhoud en peil* gelykwaardig aan of van hoër of laer standaard as matrikulasie-Latyn is, solank dit maar net deur die betrokke universiteit voorgeskryf of erken word vir 'n *baccalaureus*-graad. Hierdie standpunt wil ons, met eerbied, bestry. Ons beklemtoon egter dat waar daar hierna sprake is van 'n "beginnerskursus" in Latyn, dit gaan om 'n kursus wat – wat *inhoud en peil* betref – wesenlik gelyk- of minderwaardig aan matrikulasie-Latyn is. As daar beginnerskursusse in Latyn is wat in betekenisvolle opsigte, wat peil betref, van 'n hoër standaard as matrikulasie-Latyn is, of wat na inhoud wesenlik 'n ander tipe kursus as matrikulasie-Latyn is (byvoorbeeld 'n kursus wat spesifiek vir die doeleindes van regsopleiding ontwerp is), dan is dit nie met húlle waaroor die verdere bespreking handel nie. Na die beste van ons wete is die oorgrote meerderheid, indien nie almal nie, van beginnerskursusse in Latyn in elk geval daarop afgestem om die student op 'n peil te bring wat hom in staat sal stel om met Latyn I voort te gaan, met ander woorde, om hom op 'n peil te bring wat min of meer vergelykbaar met matrikulasie-Latyn is.

Die kern van die Hof se bevinding is dat "the words used by the Legislature in subparas (i) and (ii) of para (a) of ss(2) of s 3 are clear and unambiguous and ... there exists no satisfactory reason for departing from their ordinary and natural meaning." Soos hierna aangetoon sal word, meen ons dat daar wél 'n "satisfactory reason for departing from their ordinary and natural meaning" bestaan.

Alvorens tot 'n bespreking van sodanige "satisfactory reason" oorgegaan word, moet eers aandag geskenk word aan die vraag wat die aard van die redes moet wees wat 'n wetsuitlegger veroorloof om van die letterlike betekenis van 'n wetsbepaling af te wyk. Dit is nie moontlik om 'n volledige oorsig van die stand van die Suid-Afrikaanse uitlegreg op hierdie punt te gee nie. Uit die belangwekkende uitspraak van appèlregter Schreiner in *Jaga v Dönges* 1950 4 SA 653 (A) blyk dit egter duidelik dat, benewens die teks, die uitlegger ook moet kennis neem van die "konteks" (662):

> "'[T]he context', as here used, is not limited to the language of the text of the statute regarded as throwing light of a dictionary kind on the part to be interpreted. Often of more importance is the matter of the statute, its apparent scope and purpose, and, within limits, its background."

In *Du Plessis v Joubert* 1968 1 SA 585 (A) 594–595 word die algemene benadering wat die uitlegger moet volg, soos volg gestel:

> "Dit is 'n primêre reël van wetsuitleg dat die woorde van 'n wetsbepaling in hul gewone, alledaagse betekenis verstaan moet word, tensy dit vasstaan dat daardie betekenis in stryd is met die duidelike bedoeling van die Wetgewer soos blyk uit die statuut as geheel en ander tersaaklike omstandighede. In so 'n geval kan van die gewone betekenis van woorde afgewyk word ten einde aan die duidelike bedoeling van die Wetgewer gevolg

> te gee. (*Venter v Rex*, 1907 TS 910 op bl 913–915, 921, 924; *Union Government v Mack*, 1917 AD 731 op bl 743.) Slegs 'n duidelike en onbetwyfelbare bepaalde bedoeling van die Wetgewer, en nie 'n bloot veronderstelde bedoeling nie, kan 'n afwyking van die gewone betekenis van woorde regverdig, en dan alleen indien die woorde vir 'n ander betekenis vatbaar is. (Vgl *Dadoo Ltd and Others v Krugersdorp Municipal Council*, 1920 AD 530 op bl 554–5; *Principal Immigration Officer v Hawabu and Another*, 1936 AD 26 op bl 34–5.)"

Volgens hierdie benadering is " 'n afwyking van die gewone betekenis van woorde" geregverdig onder die omstandighede in die aangehaalde *dictum* vermeld, en wel "op grond van die statuut as geheel en ander tersaaklike omstandighede." Hierdie "afwyking" kan daaruit bestaan dat 'n woord of woorde met 'n *gewone, wye* betekenis *beperkend* uitgelê word. So byvoorbeeld is die woorde "any person" in die bekende gewysde *Venter v Rex* 1907 TS 910 beperkend uitgelê om te beteken: enige persoon *behalwe 'n persoon wat in die Transvaal woonagtig is.*

Die "tersaaklike omstandighede" is die feitelike "konteks" van die betrokke wet: al daardie feitelike omstandighede wat op die historiese agtergrond, verordening en toepassing van die wet betrekking het en wat 'n lig kan werp op die *betekenis* van die betrokke voorskrif, byvoorbeeld die "kwaad" wat bekamp moet word, die doel wat die wetgewer met die wet nastreef, die aanwesigheid van sekere bekende feite waarmee die wetgewer geag moet word mee rekening te gehou het ten einde sinvolle resultate te verkry, ensovoorts. Wanneer die uitlegger vind dat die gewone betekenis van die wet se woorde tot onsinvolle resultate lei – soos soms gesê word: "... it leads to some absurdity, inconsistency, hardship or anomaly" (*Bhyat v Commissioner for Immigration* 1932 AD 125 129) – dan moet die uitlegger daardie resultate as 'n gevaarsein beskou: hy moet weet dat daar "tersaaklike omstandighede" is wat hy dusver glad nie in ag geneem het nie of onvoldoende in ag geneem het om die korrekte betekenis van die betrokke woorde te bepaal. Dan moet hy opnuut gaan soek na die "tersaaklike omstandighede" wat 'n *ander* lig op die betekenis van die betrokke woorde werp.

Teen hierdie agtergrond moet vasgestel word of die feitelike konteks van artikel 3 van die Wet op die Toelating van Advokate daarop dui dat die wetgewer aan die woorde "minstens een kursus ... in die Latynse taal wat deur so 'n universiteit vir 'n *baccalaureus*-graad voorgeskryf of erken word" 'n *ander betekenis* geheg het as "minstens 'n beginnerskursus in Latyn wat deur so 'n universiteit vir 'n *baccalaureus*-graad voorgeskryf of erken word."

Die *doel* van die wetgewer met die betrokke voorskrif in verband met Latyn is ongetwyfeld om te verseker dat 'n persoon wat as advokaat kwalifiseer oor 'n sekere vaardigheidspeil in Latyn sal beskik. Die vraag is nou of die wetgewer bedoel het om dit *geheel en al* aan die universiteite oor te laat om daardie vaardigheidspeil te bepaal. Sou dit, byvoorbeeld, vir 'n universiteit toelaatbaar wees om 'n kursus in Latyn van drie weke in te stel, dit vir graaddoeleindes te erken en op dié wyse aan die betrokke wetsvoorskrif te voldoen? (Die betrokke wetsvoorskrif vermeld immers nie wat die duur van

die "kursus" moet wees nie.) Of bestaan daar aanduidings dat universiteite nie geheel en al vry is wat betref die vasstelling van die duur en peil van die onderhawige kursus nie?

Die wetgewer word nie alleen geag om kennis te gedra het van welbekende feite in verband met die situasie waarop sy wet van toepassing sal wees nie, maar ook om sodanige feite in aanmerking te geneem het toe hy sy voorskrif verorden het. Een welbekende feit in hierdie verband is dat matrikulante wat advokate wil word, uit twee kategorieë bestaan: dié wat oor matrikulasie-Latyn beskik en dié wat nie daaroor beskik nie. Die eersgemelde kategorie is nie so onbeduidend dat dit negeer kan word nie: in 1982 was daar vir elke honderd eerstejaarstudente in die regte aan blanke residensiële universiteite ongeveer nege studente aanwesig wat oor matrikulasie-Latyn beskik het. (Vgl Smit "Latyn: die Götterdämmerung" 1982 *De Jure* 267 275–276. Die Universiteite van die Witwatersrand en Natal se syfers was nie beskikbaar nie. Die gemiddelde persentasie eerstejaarstudente in die regte in 1982 aan die ander blanke residensiële universiteite wat oor matrikulasie-Latyn beskik het, was volgens Smit se opname 8,8.)

Ondanks die aanwesigheid van hierdie studente (waarvan die wetgewer geag word te geweet het), vereis die wetgewer van *alle* studente wat as advokaat toegelaat wil word – *ook dié wat reeds oor matrikulasie-Latyn beskik* (behalwe miskien in die hoogs uitsonderlike geval waarop ons direk hierna die aandag vestig) – om te slaag in 'n "kursus in die Latynse taal wat deur so 'n universiteit vir 'n *baccalaureus*-graad voorgeskryf of erken word." Daar moet beklemtoon word dat die wetgewer oor die algemeen *nie* aan universiteite die bevoegdheid verleen het om 'n "advokaatstudent" wat reeds oor matrikulasie-Latyn beskik, van sodanige kursus vry te stel nie – selfs nie in die geval waar die betrokke universiteit van oordeel is dat daardie student op grond van sy matrikulasie-Latyn reeds oor voldoende Latynkennis beskik nie. ('n Universiteit kan 'n kursus wat 'n student aan 'n ander "inrigting" geslaag het, slegs dan vir graaddoeleindes erken as die student as *gematrikuleerde student* daarin geslaag het: vergelyk paragraaf 18 saamgelees met paragraaf 16 van die Gemeenskaplike Statuut van die Universiteite in die Republiek van Suid-Afrika, uitgevaardig ingevolge artikel 18(2) van die Wet op Universiteite 61 van 1955. In die hoogs uitsonderlike geval waar 'n persoon in matrikulasie-Latyn slaag *nadat* hy gematrikuleer het, sou 'n universiteit miskien wel die matrikulasie-Latyn vir graaddoeleindes kan erken (hieroor sou verskil van mening moontlik wees) maar hierdie geval – indien toelaatbaar – sou só buitengewoon wees dat wanneer 'n mens die wetgewer se bedoeling bepaal, dit buite rekening gelaat moet word. In nege-en-negentig komma nege, nege, nege ... persent – indien nie honderd persent nie – van alle gevalle is dit wel so dat 'n universiteit *nie* matrikulasie-Latyn vir graaddoeleindes mag erken nie. Dit is hierdie laasgenoemde situasie wat bepalend vir die vasstelling van die wetgewer se bedoeling is. In die verdere bespreking word hierdie hoogs uitsonderlike geval dan ook buite rekening gelaat.)

Dit kom daarop neer dat die wetgewer, wél bewus van die feit dat 'n

substansiële aantal "advokaatstudente" reeds oor matrikulasie-Latyn beskik, 'n *verdere* kursus in Latyn vir hulle *voorskryf.* Wat moet 'n mens hieruit aflei? Is dit denkbaar dat die wetgewer kon bedoel het dat sodanige studente enersyds *verplig* moet wees om 'n *verdere* kursus in Latyn te volg, maar andersyds darem toegelaat moet word om 'n kursus wat na inhoud en peil van 'n gelyke of laer standaard is as die een waarin hulle reeds geslaag het, te volg? Wat sou die sin van sodanige herhaling van 'n gelyk- of minderwaardige Latyn-kursus wees? Is dit denkbaar dat die wetgewer sulke absurde voorskrifte sou verorden?

Die posisie van die "advokaatstudent" kan vergelyk word met dié van die B Proc-student: indien laasgenoemde reeds 'n sekere standaard in matrikulasie-Latyn behaal het (hy moes in die hoër graad geslaag het of minstens veertig persent in die standaardgraad verwerf het) word hy (volgens die minimumvereistes gestel deur die Raad vir die Erkenning van Regseksamens) van 'n verdere Latyn-kursus vrygestel, maar indien hy *nie* oor matrikulasie-Latyn beskik nie, of wel daaroor beskik maar nie die gemelde standaard behaal het nie, moet hy in ten minste 'n universiteitsbeginnerskursus in Latyn slaag. Die feit dat die wetgewer nie in die geval van die "advokaatstudent" ook so 'n weg gevolg het nie, is uiters betekenisvol. Waarom sou die wetgewer nie universiteite toegelaat het om 'n soortgelyke vrystelling aan die advokaatstudent te verleen nie?

Dit kom ons voor of 'n mens uit die feit dat die wetgewer nie studente met matrikulasie-Latyn van die voorgeskrewe Latyn-kursus vrygestel het nie, en ook nie universiteite veroorloof het om sodanige vrystelling te verleen nie, net één afleiding kan maak: dat die *verdere* kursus in Latyn *sinvol* moet wees; dit wil sê: dit moet in betekenisvolle opsigte iets méér of ánders as matrikulasie-Latyn wees – 'n kursus wat op sinvolle wyse deur 'n student met matrikulasie-Latyn gevolg kan word.

Op grond van die bostaande moet na ons mening aanvaar word dat die wetgewer van die student met matrikulasie-Latyn 'n kursus in Latyn vereis wat *nie* na inhoud en peil gelykwaardig of minderwaardig aan matrikulasie-Latyn is nie. Die vraag is nou of dieselfde van die student wat *nie* oor matrikulasie-Latyn beskik nie, gesê kan word. Die antwoord is na ons mening bevestigend. Dis ondenkbaar dat die wetgewer vir die twee kategorieë studente verskillende Latynvereistes sou stel. Albei groepe studente kwalifiseer vir *dieselfde* beroep *en die eise wat die beroep stel, is vanselfsprekend vir albei groepe persone dieselfde.* Daar kan dus nie sonder om in absurditeite te verval *verskillende* opleidingsvereistes vir die twee groepe gestel word nie.

Ons kom dus tot die gevolgtrekking dat die feitelike konteks van die betrokke wetsbepaling daarop dui dat aan die woorde "kursus ... in die Latynse taal wat deur so 'n universiteit vir 'n *baccalaureus*-graad voorgeskryf of erken word," 'n beperkte betekenis geheg moet word, naamlik 'n kursus wat vir 'n *baccalaureus*-graad voorgeskryf of erken word maar een wat daarby in betekenisvolle opsigte na inhoud of peil sodanig van matrikulasie-Latyn verskil dat dit sinvol deur 'n student wat in matrikulasie-Latyn geslaag het,

gevolg kan word. In die praktyk sal dit daarop neerkom dat Latyn I van die betrokke student vereis word behalwe in gevalle waar 'n spesiale kursus in Latyn wat op regsopleiding toegespits is, aangebied word.

Ons standpunt ten opsigte van Latyn is ook op Afrikaans en Engels van toepassing: hierdie drie tale is *eiusdem generis* in artikel 3 van die onderhawige wet. Gestel dat 'n universiteit 'n kitskursus in Afrikaans aanbied wat 'n kwartaal duur en wat van ongeveer standerd ses-peil is. Gestel verder dat dié kursus, wat bereken is om aan buitelandse studente 'n elementêre leeskennis van Afrikaans te verskaf, vir doeleindes van 'n *baccalaureus*-graad erken word: is dit hoegenaamd denkbaar dat 'n mens hier met 'n kursus in Afrikaans te doen het soos bedoel in die gemelde art 3? Nie na ons mening nie.

Die uitsprake in die *Barnard*- en *Friedgut*-gewysdes skep egter vanweë die presedentesisteem 'n probleem wat na ons mening dringend die aandag van die wetgewer verdien. Na ons mening moet die belanghebbende partye (die universiteite, die staat met insluiting van die howe, en die advokatuur) deur middel van verteenwoordigers 'n gespreksforum skep waar die vraag na die sinvolheid en, indien nodig, die formulering van taalvereistes vir die advokaatskwalifikasie deeglik uitgepluis kan word waarna voorstelle vir wetgewing voorberei kan word.

FJ VAN ZYL
JT DELPORT
*Universiteit van Port Elizabeth*

## GHERING V UNION NASIONAAL SUID-BRITSE VERSEKERINGSMAATSKAPPY BPK 1983 2 SA 266 (C)

## KRUGELL V SHIELD VERSEKERINGSMAATSKAPPY BPK 1982 4 SA 95 (T)

*Payments from a collateral source*

In two recent decisions of the Transvaal and Cape Provincial Divisions respectively the so-called "collateral source" rule has received judicial attention.

The plaintiffs in both cases had sued the third party insurer for damages as a result of bodily injuries caused by the negligence of the driver of the insured vehicle. The plaintiffs were public servants whose contracts of service with the two different government departments were governed by certain regulations which made provision for certain medical, sick leave, pension and such benefits. Despite the fact that the plaintiffs had benefitted from the provisions of the regulations in terms of which certain payments had been made to them or on their behalf, they had included such payments in their claim against the third party insurer.

Although *Ghering v Union Nasio-*

*naal Suid-Britse Versekeringsmaatskappy Beperk* 1983 2 SA 266 (C) was reported eight months after *Krugell v Shield Versekeringsmaatskappy Beperk* 1982 4 SA 95 (T), judgment in the former case was given within 4 weeks after judgment in the latter and it is therefore not surprising that *Krugell* was not referred to in De Kock J's judgment in *Ghering's* case.

Ghering and D'Oliveira, the second plaintiff, were members of the police force who had included medical expenses which had been paid on their behalf by the Minister of Police in terms of the police regulations. They had also included future medical expenses in their claim. The judge, after considering the relevant police regulations published in Government Notice R685 on 14 February 1981, came to the conclusion that plaintiffs were not entitled to any amounts in respect of medical and hospital expenses both past and future which were paid or to be paid by the minister, since, in terms of the regulations (regs 30-34), the minister was obliged to pay these expenses and the plaintiffs were entitled as of right to have such expenses met (273A).

With regard to the plaintiffs' claims in respect of future loss of income, the court held that sick leave was, in terms of the regulations, a privilege. The granting of leave, including sick leave with pay, was within the discretion of the Commissioner and the plaintiffs could not claim such leave as of right; the plaintiffs were therefore entitled to an amount in respect of this loss.

In *Krugell v Shield Versekeringsmaatskappy Beperk* the plaintiff, a post office employee, had been seriously injured in a motor vehicle collission as a result of which he was declared medically unfit and discharged on pension. In terms of the post office regulations he had been paid an amount of R8 000,00 in respect of sick leave, an amount he sought to claim from the defendant insurer.

The post office regulations are similar to the police regulations although not identical to them (cf the regulations mentioned and quoted on 103 of *Krugell* with police regulations 39 50-57).

Whatever the difference, like their counterparts in the police force, post office employees cannot claim sick leave with pay as of right but every grant of sick leave is subject to the approval of the Postmaster-General who has a discretion to grant such leave.

Notwithstanding plaintiff's counsel's argument that by virtue of the existence of the discretion the Postmaster-General is not obliged to make such payments during sick leave, Van Dijkhorst J disallowed the claim in respect of the sick leave granted and further took into account the pension benefits received by the plaintiff from his employer. Van Dijkhorst J was of the opinion that in the normal course of events the employee, when injured, would consider himself to be entitled to sick leave in terms of his contract and if the Postmaster-General were to exercise his discretion such discretion would be exercised in a reasonable manner. Where payment of sick leave is made, in so far as the Postmaster-General has exercised a discretion, this discretion will have been exercised in accordance with the regulations and therefore these payments must be taken into account (103H-104A).

The different approaches of De Kock J in *Ghering* and Van Dijkhorst J in *Krugell* had been discussed previously in both the majority and the minority judgments in *Klaas v Union and South West Africa Insurance Company Limited* 1981 4 SA 562 (A). The dispute in *Klaas* was about the *quantum* of damages the plaintiff was entitled to. The plaintiff was an employee of the owner of the insured vehicle who was being conveyed in the course of business of the owner when he was injured and therefore his damages were limited by the Workmen's Compensation Act 30 of 1941 and the Motor Vehicle Insurance Act 56 of 1972. The court was obliged to interpret section 8(1) of the Workmen's Compensation Act and section 22(2) of the Motor Vehicle Insurance Act.

The dispute in particular depended upon whether certain medical expenses payable by the commissioner could be claimed by the plaintiff who was a workman. The court came to the conclusion that they could. One of the grounds for the majority decision was that the workmen's compensation commissioner has a discretion and may, in certain circumstances such as serious and wilful misconduct, refuse to make payment on the workman's behalf (578H-579E). The authority of this statement would therefore seem to support the more rigid view taken in *Ghering*.

On the other hand, Van Heerden AJA limited his opinion on this point to the interpretation of the statutes in question and held that the common law position with reference to the damages the plaintiff is entitled to recover should be governed by notions of justice and equity (577F).

Galgut AJA, who gave the minority judgment, was of the opinion that the plaintiff was not entitled to claim medical expenses since in the normal course of events payment would be made by the commissioner. In the absence of misconduct on the part of the plaintiff the commissioner is obliged to pay medical expenses (588E-F and 599G-H). Where payment has not been made different considerations may apply.

There is thus a conflict between the rigid view of *Ghering* and the view expressed in *Krugell*. If the rigid approach is followed the plaintiff would in many cases stand to gain from both his employer and the defendant. On the other hand, as the employer is not, according to *Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corporation* 1956 1 SA 577(A), entitled to the payments made in excess of the amounts payable in terms of the Workman's Compensation Act, the defendant would stand to benefit if the plaintiff could not claim medical expenses, since he (the defendant) would not be liable for them at all.

Without going into the merits at this stage, I am of the opinion that South African law has reached a stage where an employer who does not make a purely gratuitous payment should be entitled to a claim for such payment made to his employee and that the *Union Government* case does not reflect the correct present position in our law.

My opinion is that the more flexible approach of *Krugell* and the minority judgment of *Klaas* is to be preferred.

To hold that the benefits should be taken into account only where the

employer is obliged to make these payments in terms of the service contract is to introduce rigidity into the law which may result in injustice. This is not to say that the existence of a discretion on the employer's or other person's part is to be totally disregarded. On the contrary, it will in many cases be an indication of where the equity lies and ought to be one of the factors to be taken into account in assessing the recoverable loss. Rather than to look solely to the existence of the discretion the courts ought to look to the nature and the exercise of the discretion.

Where payments are of a completely gratiutous or voluntary nature policy will dictate that the plaintiff should be entitled to damages in respect thereof. Where, however, there is a discretion the court may, depending on the circumstances, determine that these ought to be taken into account as it is submitted was correctly done in *Krugell*.

Problems may arise in respect of such claims as loss of future earnings or earning capacity, where the discretion may be exercised at some future date. One may find that, because he is not entitled to such payments in terms of *Union Government*, the employer may refuse, after the date of trial, to grant sick leave or to make payments in respect of sick leave.

I am of the opinion that like all other matters damages for loss of future earnings or earning capacity must be proved and the question must be determined by the leading of evidence whether the discretion will or will not be exercised.

Where, on a balance of probabilities, it is proved that the employer will not refuse payment the *quantum* falls to be determined as above. On the other hand, where on the probabilities payment will be refused, the plaintiff should be entitled to recover his loss.

IP GOUGH
*Office of the State Attorney*
*Natal*

## WEBER V SANTAM VERSEKERINGSMAATSKAPPY 1983 1 SA 381 (A)

*The child and the reasonable man*

Ever since the case of *Jones NO v Santam Bpk* 1965 2 SA 542 (A) the law with regard to the negligence of children has been and still remains a moot point. Jones's case caused a small 'furore' amongst the academics (eg Boberg 1968 *SALJ* 127; Hahlo 1965 *Annual Survey* 71; De Bruin 1979 *THRHR* 178), and even judges (Jansen JA in *Roxa v Mtshayi* 1975 3 SA 761 (A) 768) have expressed misgivings about the formulation of the test for negligence as far as children between the ages of 7 and 14 years are concerned (12 years for girls).

Before the *Jones* case the test ap-

peared to be fairly simple and caused relatively little difficulty in application. A typical example of the formulation of the test is found *inter alia* in the case of *Bellstedt v SAR & H* 1936 CPD 399 409 where Davis J said

> "the enquiry is not, as in the case of an adult, what should be the action of the hypothetical being, the reasonable man, or *diligens paterfamilias*, but what in all the circumstances of this particular case can be expected from this particular boy" (*sed contra* De Bruin 181).

This, it is submitted, indicates that the test before Jones's case was in fact subjective in all respects as indicated by McKerron (*Law of Delict* 59) and Van der Merwe and Olivier (*Die Onregmatige Daad* 134-137).

Jones's case changed the test for negligence as far as children (*impuberes*) are concerned. The test according to Jones is split up into two phases. In the first phase there is an objective inquiry whether on the facts of the case there was negligence *per se*. It did not matter that a child had acted, for, as stated by Williamson JA:

> "A person is guilty of culpa if his conduct falls short of the standard of a *diligens paterfamilias* – a standard that is always objective and which varies only in regard to the exigencies arising in any particular circumstances. It is a standard which is one and the same for everybody under the same circumstances."

The second phase of the inquiry is to determine whether the child is *culpae capax* and therefore accountable in law. This stage of the inquiry will focus on the age of the child (7 to 14), intelligence, knowledge, maturity, or, put differently "the capacity of the child to apprehend intelligently the duty, obligation or precaution neglected." (Children younger than seven years are presumed *culpae incapax*.)

Once it is decided that the child has capacity, then he will be held accountable in law. This meant, as was subsequently confirmed in cases such as *Neuhaus NO v Bastion Insurance Co Ltd* 1968 1 SA 398 (A) and *Roxa v Mtshayi* 1975 3 SA 761 (A) that the child, once found to be accountable for negligence, would be held liable for the same conduct as an adult. Thus the standards which children have to meet is now higher than previously and in fact this means that the negligent conduct of children and adults are on a par especially as far as apportionment of damages is concerned (Van der Merwe and Olivier 134-137; Boberg 1968 *SALJ* 127).

It was this irresistible inference or consequence that brought about a loud and sustained wail from academic writers. How could a child be held responsible for the same conduct as an adult and then have fault apportioned on the same basis as an adult? Indeed, Boberg ("The Little Reasonable Man" 1968 *SALJ* 127) addressed this issue and compared the case of a child to that of other deviations from the standard of the reasonable man (i e the cripple). He criticised the legalistic interpretation of the Apportionment of Damages Act suggesting that the spirit of the act was not being served. Surely fault also comprehends "distinct overtones of moral wrongdoing?"

Van der Merwe and Olivier were unequivocal about their disapproval of the new test and felt that the old test was preferable on juristic as well as moral grounds (134-137). McKerron

expressed similar sentiments but did not feel that the new test would change the result of most cases. (Also see 1965 *Annual Survey* 180; 1975 *Annual Survey* 176 206.)

The disquiet in academic circles (*sed contra* De Bruin *op cit*) was such as to move Jansen JA in *Roxa v Mtshayi* (*supra*) to say:

> "It may well be questioned whether this court in *Jones NO v Santam Bpk* intended (and so it is to be understood) by merely reformulating the interrelation between *culpa* and capacity, to effect *en passant* a fundamental change in the existing law. Moreover, in subsequent cases, the requirements of maturity and development in determining whether the child is *culpae capax* – purely subjective factors relating to the child's judgment, his ability 'to control irrational or impulsive acts', seen in the context of his youth – may have been incorrectly equated, to some extent, with what he has been taught and what he has experienced – thus overlooking the essential difference between knowledge and judgment" (771).

(De Bruin does not feel that the *Jones* case changed the law: 178 *et seq.*)

However, the whole question of the negligence of an *impubes* was reexamined by Jansen JA in *Weber v Santam Versekeringsmaatskappy* 1983 1 SA 381 (A). The facts of the case are as follows: A young boy, Marius, slightly older than seven years, was injured by the defendant who had reversed his car in a parking lot while the boy was playing in the sand behind his car. In some respects the facts of the case are unique, for here we are not dealing with the impulsive *impubes* who dashes across the road. Defendant had parked his car in the parking lot situated behind the flats where he lived. He was waiting for his wife who had gone up to their flat to fetch some knitting which she had forgotten. While waiting in the car, the young Marius walked from the flat building entrance and proceeded to the parking lot to play in the sand. The defendant did not see him emerging from the flat entrance. He only became aware that something was amiss when some girls sitting on a nearby wall started screaming. By then it was too late, for Marius had already been injured.

In the court *a quo* the defendant was found negligent, but his plea of contributory negligence with respect to the child was successful and as a result the assessed damages were reduced by 40%. The court *a quo* found that defendant had deviated from the norm of the reasonable man to a greater degree than the child had done.

The appeal was based on four points, viz whether the child was *culpae capax* on the date of the accident; whether the reasonable man test was applicable to a minor in assessing negligence; whether the child's conduct had contributed to the accident; and the *quantum* of damages of R2 000,00.

The appeal succeeded on the grounds that the child was *culpae incapax* and the test in *Jones's* case was confirmed but with a change in the emphasis on accountability. The court was not prepared to change the finding of the court as far as the *quantum* of damages was concerned.

In his judgment Jansen JA noted that the law on the issue of negligence of children was not in accord with the current legal convictions of our society as expressed by academic writers (388).

The learned judge surveyed several jurisdictions. Our writers make a distinction between *impuberes* who were *infantiae proximi* and *pubertati proximi*. The importance of this classification lies in the fact that there is a *nexus* between the classes of *impuberes* and their respective accountability (toerekeningsvatbaarheid) (393). These classes of *impuberes* were also noted in the *Jones* case but glossed over.

Jansen JA found that the test for negligence applicable to children as enunciated in the *Jones* case was basically correct:

> "Word die Jones saak (en latere toepassing daarvan) nou teen die agtergrond van ons gemene reg gesien, dan blyk die grondbeginsels in die saak uiteengesit wesentlik met daardie agtergrond te rym. Slegs die nie-erkenning van die vermoede van nie-toerekeningsvatbaarheid tov 'n kind net oor sewe jaar is nie daarmee te versoen nie" (at 399–400).

The distinction between negligence and accountability is well established in our common law and Jones's case quite correctly distinguished between the two, but it was, however, wrong in placing too much emphasis on "intelligensie en skoling van die kind" and not on the "swakhede verbonde aan . . . jeug [wat] grootliks . . . buite rekening gelaat [is]." He continued:

> "Ons skrywers beklemtoon herhaaldelik die *imbecilitas* van die jeug en is traag om kinders aanspreeklik te hou tensy hulle puberteit nader. Volgens algemene ervaring is ons daarvan bewus dat kinders geneë is om onnadenkend oor 'n straat te hardloop, dat hulle geneë is om verdiep in hulle spel te raak tot uitsluiting van alle ander dinge, dat hulle geneë is om impulsief te handel ens. Die kind se vermoë om ooreenkomstig sy insig van reg en onreg te handel word deur hierdie swakhede van jeug belemmer" (400).

The emphasis in this case obviously falls on the frailty of youth which is found among children who are *infantiae proximi*. It seems that the *Weber* case has brought about a change of emphasis as regards the accountability of very young children.

Will this approach satisfy the criticisms of academics? It is submitted that it will, because, although the case did not address the question of apportionment of damages, the attitude seems to suggest that the frailty of youth will be a deciding factor in the future. Furthermore, it seems that there will be a greater emphasis placed on the two respective classes of *impuberes* when deciding the accountability or otherwise of children.

It is submitted that the new approach is certainly more equitable and should satisfy the legal convictions of society.

Another point to ponder is whether this approach is substantially different in its result from the one applied before the *Jones* case? The new approach, as McKerron suggested some years ago, will not differ substantially in result, if at all. We still have to see, however, how the courts will treat apportionment and whether they will recognise the sense of "moral wrongdoing" which Boberg spoke of some fifteen years ago. It is submitted that this is likely in view of the fact that the legal convictions, first coined by Rumpff CJ in *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A), have become

such an important factor in the progress of our law.

There can be little doubt that the newly recognised frailty of youth has influenced our legal convictions as far as children are concerned. *Weber's* case is to be welcomed as a progressive judgment, but the frailty of youth is a difficult concept to work with and will probably be a matter of opinion in each case.

ANDREW CAIGER
*University of Transkei*

HUGO DE GROOT-PUBLIKASIEFONDS

*Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.*

*Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:*
Prof DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

# BOEKE

## GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW THROUGH THE CASES

deur PJ VISSER en JP VORSTER

*Butterworth Durban 1982; xx en 523 bl*
Prys R44 + AVB

Hierdie boek is die eerste van sy soort op die gebied van die strafreg en moet om daardie rede verwelkom word. Dat dit 'n groot hulp vir studente sal wees, kan nie betwyfel word nie. Die keuse van beslissings is oordeelkundig en bied 'n verteenwoordigende en gebalanseerde beeld van die algemene beginsels van die strafreg soos dit deur die Suid-Afrikaanse howe vertolk word. Die aanhalings uit byna al die sake word voorafgegaan deur 'n bondige uiteensetting van die relevante feite van die saak. Belangrike stellings in 'n uitspraak word dikwels kursief gedruk. Dit vergemaklik die taak van die leser om by die kern van 'n beslissing uit te kom. Om verwarring te voorkom, dui die skrywers telkens aan dat sodanige kursivering deur hulle aangebring is.

Aan die einde van elke aanhaling uit 'n beslissing volg 'n insiggewende en waardevolle kommentaar op die beslissing waarin die belang daarvan aangetoon word, verwys word na ander sake waarin die beslissing gevolg is, en uitvoerig verwys word na besprekings van die beslissing deur akademici. Die skrywers skroom nie om soms te verskil met 'n beslissing of van 'n kommentaar op 'n beslissing nie. Hulle eie menings word deurgaans gemotiveer. Party beslissings, soos byvoorbeeld *S v Ntuli* 1975 1 SA 429 (A), se belang strek verder as slegs 'n enkele aspek of reël van die algemene beginsels, en sodanige verdere belang van 'n beslissing word telkens deur die skrywers in hulle kommentaar aangetoon. Sommige vroeëre beslissings wat intussen omvergewerp is, soos *R v Fowlie* 1906 TS 505 en *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A), word – weens hulle historiese belang – wel geplaas, maar dan met 'n duidelike aanduiding van die lotgevalle van die beslissing in die tussentyd. Die kommentare op die beslissings getuig van 'n besonder volledige raadpleging van alle beskikbare, latere besprekings van die beslissing in regstydskrifte en handboeke, asook van 'n deeglike insig. Die bibliografie aan die einde van die boek waarin ook artikels, aantekeninge en vonnisbesprekings in regstydskrifte vervat is, is besonder indrukwekkend.

Die skrywers verwys betreklik dikwels na die ooreenstemmende posisie in die deliktereg. Beslissings oor die deliktereg, soos *Jones v SANTAM Bpk* 1965 2 SA 524 (A), *Stoffberg v El-*

*liott* 1923 CPD 148 en *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) word vrylik aangehaal. Daarbenewens is daar vele verwysings na Van der Merwe en Olivier se *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (4e uitg 1980). Oor die algemeen vind ek hierdie verwysings na die deliktereg waardevol; juriste wat net die strafreg in isolasie bestudeer, laat dikwels na om kennis te neem van die ontwikkelinge in die deliktereg – 'n gebied van die reg wat baie nou aan die strafreg verwant is.

Hier en daar het die skrywers sekere idees van hulle eie wat afwyk van tradisionele beskouings, ofskoon hulle in die lig van die aard van die boek nie ruimte het om die tradisionele beskouings geheel en al deur hulle eie te vervang nie. So is hulle op bladsy 59 van mening dat aanspreeklikheid op grond van *omissiones* nie onder die handelingsvereiste nie, maar liewer onder die wederregtelikheidsvereiste bespreek behoort te word. Hulle volg nietemin die tradisionele benadering deur dit onder die handelingsvereiste te bespreek. Die bespreking van die effek van provokasie op bladsye 279–280 is na my mening onbevredigend: die indruk word gelaat dat hulle provokasie in gepaste omstandighede beskou as 'n volkome verweer, wat dit nie is nie soos na die verskyning van die boek bevestig is deur die appèlhof in *S v Swanepoel* 1983 1 SA 434 (A), veral te 458B. Die stelling op bladsy 280 dat "it will seldom happen that provocation will have the effect of excluding intention" val vreemd op. Dit gebeur daagliks in ons howe dat bevind word dat provokasie opset uitgesluit het en dat die beskuldigde om daardie rede nie aan moord nie, maar slegs aan strafbare manslag skuldig is.

Ek het die benamings wat die skrywers aan sekere "elemente" van die misdaad gegee het (en die opskrifte van die ooreenstemmende hoofstukke) interessant en veelseggend gevind. So heet hoofstuk 2 "Conduct" (in plaas van "Act"). Hoofstuk 5 heet "Criminal Accountability (toerekeningsvatbaarheid)." Daar is tans nog nie 'n ingeburgerde Engelse term vir "toerekeningsvatbaarheid" nie. Die skrywers verkies blykbaar "criminal accountability" bo uitdrukkings soos "criminal capacity" of "criminal responsibility." Hoofstuk 6 heet "Culpability (*mens rea*)." Die skrywers verkies die uitdrukking "culpability" bo *mens rea*. Die ingeburgerde term in die praktyk is egter *mens rea*. In hierdie verband wonder 'n mens of die skrywers dalk die swakhede van die tradisionele benadering tot skuld (wat skuld primêr sien as 'n bepaalde gesindheid) in gedagte gehad het. Dit is makliker om (soos die skrywers self doen) nalatigheid onder "culpability" in te reken as onder *mens rea*. Die skrywers weerhou hulle op bladsy 287 van 'n omskrywing van "culpability."

In die hoofstuk oor oorsaaklikheid verkies die skrywers op bladsy 84 die beskouing van *Van der Merwe en Olivier* bo dié van Van Rensburg (*Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbegrensing by die Onregmatige Daad* LLD-proefskrif Unisa 1971) en volg in beginsel dus die *conditio sine qua non*-teorie met betrekking tot oorsaaklikheid. In hierdie verband vind die mening van die skrywers aansluiting by sowel die regspraak as by die onlangse proefskrif van Van Oosten oor hierdie onderwerp (sien Van Oosten *Oorsaaklikheid by moord en straf-*

*bare manslag* LLD-proefskrif UP 1981).

Op bladsy 267 verklaar die skrywers ten aansien van *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) dat "[t]his judgment has been received by certain jurists with almost astonishing enthusiasm." As met "enthusiasm" bedoel word "goedkeuring," kan ek nie met die stelling saamstem nie. In die meeste kommentare op dié veelbesproke uitspraak is die nuwe regsposisie, en veral die reël dat vrywillige dronkenskap soms 'n volkome verweer kan wees, aan sterk kritiek onderwerp – en tereg ook. Die stelling bo-aan bladsy 270 is vir my betekenisloos. Dit lui: "What sense would there be in making dangerous intoxication a statutory offence and to restore the pre-*Chretien* position for the sole purpose of paying lip service to legal theory?" Uit die samehang waarin hierdie stelling gemaak word, is dit egter duidelik dat die doel van die beoogde wetteregtelike misdaad juis is om *nie* lippediens aan "legal theory" te bewys nie, maar om die praktiese behoeftes van die samelewing te dien.

Dit is vir my nie duidelik waarom "Culpability in Statutory Offences" (365 ev) en "Strict Liability" (379 ev) onder twee afsonderlike hoofde behandel word nie. Dit is een en dieselfde onderwerp.

Ofskoon, soos reeds genoem, die keuse van beslissings en van uittreksels uit beslissings bevredigend is, sou ek persoonlik graag wou sien dat die afwykende beslissing van appèlregter Wessels in *S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A) ook in die boek verskyn het. Appèlregter Wessels se mening dat dwang in gepaste omstandighede die dader se skuld ophef, is tog van waarde en sal in die toekoms moontlik nog 'n rol speel. Wat *aberratio ictus* (330 ev) betref, sou ek graag wou sien dat òf *S v Raisa* 1979 4 SA 541 (O) òf *S v Tissen* 1979 4 SA 293(T) ingesluit word. Ofskoon nie appèlhofbeslissings nie, is dit goeie voorbeelde van werklike gevalle van *aberratio ictus*. Die uitspraak van appèlregter Holmes in *S v Mtshiza* 1970 3 SA 747(A) wat wel ingesluit is, moet beskou word as 'n minderheidsuitspraak omdat die ander regter in die saak 'n uitspraak op 'n ander basis gegee het. (Die skrywers self toon dit op bladsy 333 aan.) In die ander uitspraak oor *aberratio ictus* wat wel ingesluit is, te wete *S v Mavhungu* 1981 1 SA 56 (A), het die hof self op bladsy 67 erken dat "this was not 'n true instance of *aberratio ictus*."

Die skrywers se indeling van die strafteorieë op bladsy 8 is na my mening onbevredigend omdat die hervormingsteorie ("rehabilitation theory") nie as 'n afsonderlike teorie genoem word nie maar daar slegs daarna verwys word onder die hoof "individual prevention." Meeste skrywers onderskei tussen die voorkomings-, afskrikkings- en hervormingsteorieë omtrent straf. In die skrywers se uiteensetting loop hierdie teorieë taamlik deurmekaar. Ek het ook probleme met die stelling bo aan bladsy 35 dat "[c]onduct is a factual element of every crime and there must be a *perceptible* voluntary human act to satisfy this requirement" (my kursivering). Waar is die "perceptible act" as ek 'n misdaad pleeg deur middel van 'n *omissio*?

Hierbo is gewys op enkele stellings of aspekte van die boek waarmee ek persoonlik nie saamstem nie. Hieruit moet geensins die afleiding gemaak word dat die juistheid en betroubaarheid van die res van die boek

ook bevraagteken kan word nie. Die teenoorgestelde is die geval. Die boek kan van harte aanbeveel word as 'n waardevolle hulp in die studie van die strafreg. Die kritiese kommentare op die beslissings stimuleer die student tot selfstandige denke en die menigvuldige verwysings na ander bronne is 'n waardevolle hulp nie net vir die student wat 'n werkstuk oor 'n bepaalde onderwerp moet skryf nie, maar ook vir die akademiese juris en selfs die regspraktisyn wat die betroubaarheid van 'n uitspraak verder wil nagaan.

CR SNYMAN
*Universiteit van Suid-Afrika*

**HET DELFTS ORAKEL – HUGO DE GROOT, 1583–1645**

*Stedelijk Museum Het Prinsenhof, Delft 1983, 148 bl*
Prys onbekend

**HUGO GROTIUS – A GREAT EUROPEAN, 1583–1645**

*Meinema, Delft 1983, 103 bl*

Prys 16,50 gulden

Die vierhonderdste herdenkingsjaar van Hugo de Groot se geboorte het 'n taamlik wye reaksie uitgelok. In Nederland self, soos verwag kan word, is die gebeurtenis op verskeie maniere herdenk. Een daarvan was deur middel van 'n tentoonstelling te Delft, sy geboortestad, waarvan die eerste boek wat hier genoem word die katalogus vorm. Dit is 'n pragtige werk op glanspapier en bevat 'n menigte uitstekende reproduksies van skilderye, titelblaaie, ensovoorts wat almal op die een of ander manier betrekking het op De Groot se lewe en werk. Van groot belang is agt artikels uit die penne van verskeie bekende kenners wat oorsigtelik, maar deeglik en met kennis van sake een of ander aspek van De Groot se lewe of werk behandel.

Daar is ten eerste 'n algemene inleiding deur Langemeijer wat De Groot uit die staanspoor vir die leser in perspektief stel. Dit word op so 'n voortreflike manier binne die bestek van drie bladsye gedoen dat dit weinig saak maak of die leser met De Groot se lewe en werk bekend is of nie. Die tweede hoofstuk deur Eyffinger handel oor die lewe en werk van De Groot van 1583 tot 1621. Gedurende hierdie jare ontwikkel hy van 'n veelbelowende seun tot 'n persoon wat 'n belangrike rol in die openbare lewe, die teologiese wêreld en die regswese speel. Bowendien is hy klassikus, humanis, geskiedskrywer, digter en veel meer en publiseer hy 'n aantal belangrike werke.

Hierop volg 'n behandeling deur Nellen van die tweede deel van De Groot se lewe, naamlik sy tydperk van ballingskap (1621–1645), nadat hy veroordeel en gevang is, na Frankryk ontsnap het, die ambassadeur van Swede

aldaar geword het en tegelykertyd 'n moeilike bestaan gevoer het, terwyl sy lewe as diplomaat ook nie juis geslaag was nie. In dié tyd publiseer hy van sy belangrikste werke op teologiese en juridiese gebied.

'n Spesiale studie word deur Poelhekke gewy aan De Groot se rol as Nederlandse politikus, waar hy aan die kant van die verloorder Johan van Oldenbarnevelt gestaan het teenoor Prins Maurits en Frederik Hendrik. Die botsing het daartoe gelei dat hy nie in sy vaderland welkom was nie, in Frankryk betreklik weinig waardering as openbare figuur geniet het en selfs vir Swede 'n oorlas geword het. Ook word 'n spesiale studie aan hom as regsgeleerde gewy deur Ahsmann. Vanselfsprekend word hier in die besonder aandag gegee aan sy werke van volkeregtelike aard (*De Iure Praedae, Mare Liberum* en *De Iure Belli ac Pacis*) asook aan sy besondere werk oor die Romeins-Hollandse reg, naamlik *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheyd*. Hierdie artikels sal in besonder die juris (en in besonder ook die juris in Suid-Afrika) se aandag verdien. Natuurlik word sy ander juridiese werke (*Florum Sparsio*, ens) nie vergeet nie en in perspektief gestel.

De Groot as geskiedskrywer word vervolgens deur Heesakkers behandel. Dit is miskien minder bekend dat hy op hierdie gebied in besonder wat sy vaderland betref (*De Antiquitate Reipublicae Batavicae*; *Annales et Historiae*), maar ook aangaande dit wat nader met Swede verband hou (*Historia Gotthorum, Vandalorum et Langobardorum*), sy spore ten volle verdien het. Dit hou verband met sy humanistiese agtergrond en ook met sy diepgaande belangstelling in die agtergrond van die Bybel. Dit word ook openbaar in sy juridiese werke (bv *De Iure Belli ac Pacis*), terwyl 'n historiese belangstelling deel van die wetenskaplike uitrusting van bykans elke geleerde wat sy sout werd was, gevorm het. Maar De Groot se kennis en werk op hierdie gebied toon weer wat 'n uitstaande gees hy was.

Die belangrikheid van die godsdiensstryd in die Nederlande binne die Calvinistiese kerk blyk daaruit dat 'n spesiale artikel deur Posthumus Meyjes aan De Groot as teoloog gewy is. Hierdie stryd het vir hom duur te staan gekom, maar gelyktydig blyk dit uit sy rol daarin dat hy die ware gelowige met 'n diepe oortuiging was. Die teologiese vraagstukke het baie na aan sy hart gelê. Dit blyk ook uit die daaropvolgende artikel deur De Jonge wat oor 'n ander aspek van De Groot op die gebied van die teologie handel, naamlik as uitlegger van die Bybel, en in besonder van die Nuwe Testament. Nie alleen sy godsdienstige ywer nie, maar ook sy groot geleerdheid en kennis blyk hieruit. Soos dit gestel word, sy werk kan as 'n voorbereiding van die moderne eksegetiese wetenskap beskou word.

Ten slotte vind ons Eyffinger se artikel waarin De Groot as digter behandel word. Hy was klassikus en sy Latynse poësie is nie die geringste van sy prestasies nie. Die feit dat hy nie in die volkstaal gedig het nie, moet gesien word teen die agtergrond van sy tyd, in besonder die humanisme wat destyds die kenmerk van die beskawing was. Dit is opvallend dat sy Christelike geloof ook in sy digwerk na vore kom.

Wanneer die boek gelees word, is 'n mens weer onder die indruk van die hoedanighede van De Groot as mens en as werker. Hy was 'n uitstaande fi-

guur op 'n menigte gebiede en die katalogus self is 'n waardige blyk van hulde aan 'n persoon waarop Nederland trots kan wees, alhoewel hy in sy tyd maar matig bejeën is. Die illustrasies verdien spesiale vermelding. Die deskundige, die minder deskundige en die leek wat nog nooit van De Groot gehoor het nie, sal met genoeë hierdie werk raadpleeg.

Dit is nie nodig om in besonderhede in te gaan wat die Engelse weergawe betref nie. Dit is nie so 'n praguitgawe soos die katalogus nie. Dit bevat baie minder illustrasies. Dit word genoem 'n *Complete Translation of the Dutch Articles abridged for the Exhibition Catalogue* ... Dit wil voorkom of die vertaling van die artikels "complete," alhoewel nie letterlik is nie. Die teks lees egter maklik. Blykbaar word met die woord "abridged" gesinspeel op die weglating van 'n taamlike groot aantal illustrasies.

In beide uitgawes verskyn daar 'n bibliografie, alhoewel nie presies in dieselfde vorm nie. Diegene wat 'n verdere belangstelling vir De Groot en sy werk het, sal dankbaar van hierdie twee bibliografieë gebruik maak.

P VAN WARMELO
*Universiteit van Suid-Afrika*

*Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20-25 bladsye getik op A4, dubbelspasiëring). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.*

*Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.*